

UNIVERSIDAD DE PANAMÁ
VICERRECTORÍA DE INVESTIGACIÓN Y POSTGRADO
PROGRAMA DE MAESTRIA DE DERECHO EN CIENCIAS PENALES

LA TUTELA PENAL DE LA INTIMIDAD DOCUMENTAL, INFORMÁTICA Y DE
LAS TELECOMUNICACIONES

DANIA DAMARIS DÍAZ SÁNCHEZ

TESIS PRESENTADA COMO UNO DE LOS REQUISITOS PARA OPTAR POR
EL GRADO DE MAGISTRA EN CIENCIAS PENALES

PANAMÁ, REPÚBLICA DE PANAMÁ

2008

DEDICATORIA

A mi hijo Daniel, el amor de mi vida, dedico este esfuerzo del cual ha sido parte importante, y el cual deseo sea un ejemplo para él de superación, perseverancia, y aprendizaje de que en la vida las metas propuestas jamás se abandonan... Te amo hijo

AGRADECIMIENTO

En primer lugar, agradezco a Dios y a la Virgen Santísima por haberme permitido cumplir tan importante meta profesional.

A mis padres Daniel y Luz, a quienes debo todo lo que soy.

A Julio C. Laffaurie, muy especialmente por todo su apoyo y amor durante este largo camino y por incentivarme cada día a superarme, por motivarme a cumplir mis metas personales y profesionales...

A mis colegas y amigos de la maestría quienes me brindaron su ayuda incondicional y por último, al Dr. Muñoz Pope y a la Dra. Virginia Arango Durling por su invaluable aporte a este trabajo de graduación.

INDICE DE GRÁFICAS

Gráfica N° 1

Sujetos Encuestados y Posición actual de los mismos.....306

Gráfica N° 2

Primera Pregunta. ¿Considera Ud. que el derecho a la intimidad es un derecho fundamental debidamente reconocido por la Constitución Nacional?307

Gráfica N° 3

Segunda Pregunta. Opinión de los encuestados sobre la tutela penal de la intimidad que presentan nuestras normas penales frente a la intimidad documental y de las telecomunicaciones.....308

Gráfica N° 4

Tercera Pregunta. Opinión de los encuestados sobre el ordenamiento penal y el desarrollo de la informática.....309

Gráfica N° 5

Cuarta Pregunta. ¿Considera Ud. que el derecho a la intimidad debe ser elevado la categoría de bien jurídico autónomo de la libertad?.....310

Gráfica N° 6

Quinta Pregunta. Opinión de los encuestados sobre la normativa de la Ley N° 14 de 18 de mayo de 2008 referente a la protección de la intimidad.....311

INDICE GENERAL

Dedicatoria.....	i
Agradecimiento.....	ii
Indice de Gráficas.....	iii
Indice General	iv
Indice de Cuadros	iii
Resumen.....	1
Summary.....	2
 Capitulo I: Introducción.....	 3
I. Antecedentes del Problema	4
II. Justificación del Problema	6
III. Formulación del Problema	8
IV Alcance o Delimitación del Problema	8
V. Objetivos.....	10
A. Generales	10
B. Específicos.....	10
VI. Hipótesis.....	11

Capitulo II MARCO DE REFERENCIA	12
<u>SECCION PRIMERA CUESTIONES FUNDAMENTALES DEL DERECHO A LA INTIMIDAD</u>	13
I Introduccion	13
II Nociones contenidos y limites	14
A Nociones	14
1 Antecedentes y Concepto del Derecho a la Intimidad	21
1 1 Antecedentes	21
1 2 Concepto de Intimidad	21
2 Derecho a la Intimidad y Vida Privada	27
3 Derecho a la Intimidad y Privacidad	30
B Contenido y Limites	33
1 Contenido	33
2 Limites	39
III La Intimidad desde la Perspectiva Constitucional y de los Derechos Humanos	42
A La Intimidad y su Proteccion Constitucional	44
B La Intimidad en los Instrumentos Internacionales de Derechos Humanos	58
IV Tutela Penal y Naturaleza Juridica de los Delitos contra la Intimidad	63
A La Intimidad como Bien Juridico Protegido	64
1 La Intimidad en el Derecho Comparado	70
2 El Secreto como elemento de la Intimidad	72

B. La Intimidad en el Código Penal de 1982 y en el Código Penal de 2007	75
1. En el Código Penal de 1982	75
2. En el Código Penal de 2007	77
C. Naturaleza Jurídica	78
D. Consideraciones Finales	79
SECCION SEGUNDA: LOS DELITOS CONTRA LA INTIMIDAD	
DOCUMENTAL	81
I. Introducción	81
II. Los Delitos de Violación, Supresión y Publicación Indebida de Correspondencia	82
A. Cuestiones comunes de estos delitos	82
1. El Bien Jurídico Protegido y el Objeto Material	83
2. Los Sujetos de estos Delitos	94
3. El Tipo Subjetivo	95
4. Las Formas de Aparición Delictiva	100
5. Antijuridicidad y Culpabilidad	105
5.1 Antijuridicidad	105
5.2 Culpabilidad	112
B. El Delito de Violación de Correspondencia	117
1. Especial consideración a la conducta típica	117
2. Las Consecuencias Jurídicas	119
3. Especial referencia al Código Penal de 2007	123
C. El Delito de Supresión de Correspondencia	124

1. Especial consideración a la conducta típica	124
2. Las Consecuencias Jurídicas	127
3. Especial referencia al Código Penal de 2007	128
D. El Delito de Publicación Indebida	128
1. Especial consideración a la conducta típica	128
2. Las Consecuencias Jurídicas	131
3. Especial consideración al Código Penal de 2007	133
III. La Intimidación Documental y el Secreto Profesional.....	134
A. Análisis del Tipo Básico del Secreto Profesional contenido en el artículo 170 del Código Penal	135
1. La norma	135
2. El Tipo Objetivo.....	136
2.1. Los Sujetos	136
2.1.1 Sujeto Activo.....	136
2.1.2 Sujeto Pasivo.....	138
2.2. Conducta Típica.....	138
2.3 Objeto Material.....	140
3. Tipo Subjetivo	146
4. Las Formas de Aparición Delictiva.....	147
5. Antijuridicidad y Culpabilidad	150
5.1 Antijuridicidad	150
5.2 Culpabilidad	157

6	Consecuencias Jurídicas	157
7	El Secreto Profesional en el Código Penal de 2007	159
B	Consideraciones Especiales en torno al artículo 171 A del Código Penal Penal	160
IV	Consideraciones Finales	164
SECCION TERCERA LA TUTELA PENAL DE LA INTIMIDAD DE LAS TELECOMUNICACIONES EN LOS DELITOS DE GRABACIONES INDEBIDAS Y ESCUCHAS TELEFÓNICAS		168
I	Introducción	168
II	Cuestiones Comunes de estos Delitos	178
A	Los Sujetos de estos Delitos	178
B	El Objeto Material	180
C	El Tipo Subjetivo	182
D	Antijuridicidad y Culpabilidad	185
1	Antijuridicidad	185
2	Culpabilidad	189
E	Formas de Aparición	193
III	El Comportamiento Delictivo y las Consecuencias Jurídicas del Delito de Grabaciones Indebidas	195
A	Conducta Típica	195
B	Consecuencias Jurídicas	196
C	Especial Referencia al Código Penal de 2007	199

IV. La Conducta Delictiva en las Escuchas Telefónicas y sus Consecuencias Jurídicas	199
A. Conducta Típica	199
B. Consecuencias Jurídicas	200
C. Especial referencia al Código Penal de 2007	201
V. Consideraciones Finales	202
SECCION CUARTA: REALIDAD DE LA INTIMIDAD INFORMÁTICA FRENTE A LA LEGISLACIÓN PENAL PANAMEÑA	204
I. Introducción	204
II. Situación Actual de la Intimidad Informática y el Código Penal de 1982	208
III. Especial referencia al Código Penal de 2007	210
IV. Consideraciones Finales	211
SECCION QUINTA: PERSPECTIVA POLITICO CRIMINAL Y DE DERECHO COMPARADO DE LA TUTELA PENAL DE LA INTIMIDAD	212
I. Introducción	212
II. El Derecho Comparado y la Tutela de la Intimidad	216
A. Intimidad Documental	216
1. Violación de Correspondencia	216
2. La Intimidad Documental y el Secreto Profesional	236
B. Intimidad de las Telecomunicaciones	244
C. Intimidad Informática	255
III. Los Delitos contra la Intimidad en el nuevo Código Penal del 2007	270

IV. Consideraciones Finales	287
CAPITULO III: MARCO METODOLÓGICO.....	294
I. Tipo de Investigación	295
II. Fuentes y Sujetos de Información.....	296
A. Variables.....	297
1. Definición Conceptual.....	297
2. Definición Operacional	297
3. Definición Instrumental	297
III. Descripción de los Instrumentos	298
IV. Tratamiento de la Información.....	300
CAPITULO IV: ANÁLISIS E INTERPRETACIÓN DE LOS DATOS	301
A. Análisis de los datos obtenidos	302
B. Gráficas	306
- Gráfica N° 1	306
- Gráfica N° 2	307
- Gráfica N° 3.....	308
- Gráfica N° 4	309
- Gráfica N° 5.....	310
- Gráfica N° 6.....	311

CAPITULO V: PROPUESTA	312
I. Introducción	313
II. Algunas Consideraciones de Lege Ferenda	313
A. Consultas.....	315
B. Las Modificaciones	315
III. Anteproyecto que se propone.....	318
-Conclusiones.....	321
- Recomendaciones.....	324
- Bibliografía	326

RESUMEN

Nuestro trabajo de graduacion trata sobre el derecho a la intimidad particularmente en sus manifestaciones relacionadas con la intimidad documental informatica y de las telecomunicaciones. Frente a este derecho existen aun multiples discusiones en el ambito legal dado a que su reconocimiento como derecho inherente a la personalidad es de creacion reciente lo que ha motivado que no exista una doctrina uniforme frente al tema. Lo anterior ha incidido en las distintas legislaciones en las que aun se le ubica como parte del bien juridico de la libertad. En este trabajo de investigacion nos dispusimos a establecer la importancia que tiene la intimidad como derecho fundamental del hombre efectuando para ello una revision de la doctrina así como tambien de la legislacion nacional y su tutela en el derecho comparado. La metodologia utilizada principalmente es la documental puesto que nos hemos servido de diversos libros, articulos juridicos, leyes y jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de Panama a fin de conocer los aspectos relevantes que se han planteado con referencia al tema de estudio objeto de la presente investigacion. De la misma forma realizamos un estudio comparativo entre nuestras normas y la de otros paises con la finalidad de poder establecer si las mismas tutelan de manera adecuada las distintas manifestaciones de la intimidad. Como resultado de todo lo investigado concluimos que se hace necesario modificar nuestra legislacion con referencia a la intimidad tanto a nivel constitucional dado a que la Constitucion no lo reconoce expresamente como derecho fundamental como a nivel de las normas penales a fin de que estas puedan tutelar de manera adecuada no solo las manifestaciones tradicionales de la intimidad como es la que se realiza mediante documentos sino tambien la concerniente a la que se desarrolla mediante las telecomunicaciones y la informatica.

SUMMARY

Our graduation paper is about the right to privacy particularly in its act related with documental computing and telecommunications privacy. In front of this right still exist multiples discussions in the legal field given that its recognition as an inherent right to the personality is a recent creation which has motivated no uniform doctrine about this subject to exist. The previous has affected the different legislations in which it is still located as part of the right for freedom. In this investigation paper we disposed to establish the importance that privacy has as a fundamental right to mankind doing for this matter a review of the law as well as the national legislation and its tutelage in the comparative law. The methodology mainly used is the documentary since we have been served of different books, legal articles, laws and jurisprudence of the Supreme Court Justice of Panama in order to know the relevant aspects that have been considered with reference to the studied subject which is part of the present investigation. The same way we did a comparative study between our norms and other countries with the purpose to be able to establish if they guard in a suitable manner the different manifestations of privacy. As a result of everything investigated we conclude that it is necessary to modify our legislation about privacy in a constitutional level given that the Constitution does not recognized it expressly as a fundamental right as well as a level of criminal norms so they can be guarded in a suitable way not only the traditional manifestations of privacy like the one done through documents but also the ones concerning to the development through telecommunications and computing.

CAPITULO I: INTRODUCCIÓN

La Tutela Penal de la Intimidad Documental Informática y de las Telecomunicaciones”

I Antecedentes del Problema

Uno de los aspectos mas trascendentales en la vida de todo ser humano es el de mantener en confidencialidad los sucesos importantes de su vida

El derecho a la intimidad es el derecho de todo ciudadano a que su vida privada y el lugar donde se desarrolla la misma sea respetada no solo por los demas asociados sino primordialmente por el Estado

La intimidad ha sido reconocida como un derecho fundamental como un derecho de la personalidad y como tal originario esencial e inherente a todo individuo ejercitable erga omnes imprescriptible ideal e irrenunciable

Tradicionalmente su proteccion penal como manifestacion del derecho a la personalidad intimamente ligado a la dignidad de la persona ha sido muy limitada encontrandose contenida dentro de los delitos contra la libertad que como sabemos despues de la vida como valor fundamental ocupa el segundo lugar como bien juridico esencial del hombre limitandose unicamente a los delitos de inviolabilidad del domicilio y de la correspondencia o comunicaciones tradicionales

Hoy en dia las legislaciones modernas lo han reconocido como un derecho esencial de todo ciudadano incluyéndolo inclusive como derecho

fundamental en los textos constitucionales orientandose entonces a establecer a la intimidad como un derecho autonomo con proteccion propia independiente del bien juridico de la libertad

Las concepciones anteriores no han sido desarrolladas en nuestro pais en donde si bien se protege a nivel penal solamente algunos aspectos de esta aun se le conceptua como parte del derecho a la libertad con lo que se deja por fuera otros aspectos relevantes que merecen de la tutela penal del Estado

Los avances tecnologicos que se han ido desarrollando en los ultimos tiempos han hecho necesano ampliar la proteccion legal de la vida privada de los asociados Lo anterior tiene su explicacion puesto que en épocas pasadas la unica forma de invadir la vida privada de los demas era a traves de la irupcion física en su domicilio lugar en el que mayormente se desarrolla la vida privada o bien apoderandose de documentos pertenecientes a otros para conocer su contenido o de sus comunicaciones vinculándose los atentados contra la intimidad a la idea de libertad fisica

Pero las condiciones de vida han ido evolucionando hoy el desarrollo de la tecnologia y de los medios informáticos han permitido que a través de diversos medios se logre otro tipo de violaciones a la intimidad ya no de forma inmediata como entrar al domicilio o violar la correspondencia u oir las conversaciones cuyo conocimiento a su vez en la mayoria de los casos era inmediata y por tanto la defensa juridica era más facil y viable con los instrumentos existentes sino que se hace de manera imperceptible para el

afectado por la acción. La creación de cámaras fotográficas, sistemas sofisticados para interceptar comunicaciones, el desarrollo de las computadoras y el acceso a Internet hacen que cada día sea más fácil lograr acceder a la intimidad de los demás.

De allí que consideremos relevante establecer a partir del análisis de lo que es la intimidad como derecho fundamental de todo ser humano, la importancia de su tutela como tal en nuestra legislación, a fin de que tanto esta como el secreto, entendiéndose este como el derecho que tiene todo individuo a reservarse los aspectos íntimos de su vida frente a terceros y el cual constituye a su vez uno de sus elementos esenciales, sean debidamente protegidos por nuestros instrumentos legales, ya que los ataques contra la intimidad de las personas son cada día más frecuentes, lo que exige una actualización inmediata de nuestras normas vigentes.

II Justificación del Problema

La realización de esta investigación es importante por cuanto no existe en nuestro país un estudio previo que analice la importancia de la intimidad documental, informática y de las comunicaciones como derecho personalísimo del individuo en sus diversas manifestaciones contenida en diversos aspectos de nuestra vida cotidiana.

A través del análisis de la doctrina, las normas vigentes y la experiencia de otros países pretendemos establecer que si bien estos tipos de ataques contra

el derecho de las personas encuentran su tutela penal en las normas relativas a los delitos que atentan contra la libertad hoy en día se ha superado dicha concepción puesto que la intimidad a juicio de diversos juristas es un concepto más abarcador que el de la libertad

Por ese motivo y frente a los avances de tipo tecnológico que día a día se van desarrollando realidad de la cual obviamente nuestro país no escapa pretendemos sugerir a modo de conclusión de nuestro trabajo de investigación las reformas que a la legislación penal vigente en nuestro país se deben promover a fin de contar con un ordenamiento jurídico capaz de responder y hacerle frente a esta reciente modalidad delictiva

A su vez además de un medio de consulta queremos llamar la atención sobre la relevancia que tiene el respeto de la vida privada de las personas y el derecho de estas a elegir quienes pueden o no conocer de los detalles íntimos sobre su vida personal la cual abarca tanto su domicilio como la correspondencia y las comunicaciones además de la limitación del uso de la informática con respecto al conocimiento de los datos personales insertos en los distintos soportes informáticos

Igualmente creemos de importancia establecer que si bien el Estado cuenta con mecanismos legales para que en un momento dado justificadamente se pueda irrumpir en la vida privada de los asociados ello no debe ser motivo o

entenderse como una carta abierta para la comision de abusos e ilegalidades que perjudiquen en algun momento los derechos del particular

III Formulación del Problema

La formulacion del problema lo realizaremos a traves de preguntas que son las siguientes

- 1 ¿Cual es la importancia de la Intimidad como derecho fundamental de las personas?
- 2 ¿Debe mantenerse a la libertad como el bien juridico tutelado en los delitos que atentan contra la inviolabilidad del secreto contenido en documentos comunicaciones y datos informaticos?
- 3 ¿De acuerdo a las modernas corrientes de politica criminal es necesano frente a los nuevos ataques contra el derecho de la intimidad una modificacion de nuestra legislacion penal?

IV Alcance o Delimitación del Problema

Esta investigacion va a tratar en forma general en primer lugar sobre los aspectos mas relevantes que en la doctrina se ha desarrollado referente a la intimidad tanto en su concepcion simple asi como tambien a partir de su reconocimiento como derecho fundamental de las personas

Para lo anterior analizaremos su concepcion legal doctrinal estableciendo cual es su alcance y limites ademas de realizar unas breves consideraciones de

su evolución histórica, y de qué manera se le da un reconocimiento en textos constitucionales, y tratados suscritos y ratificados por nuestro país en materia de derechos humanos.

A su vez, estudiaremos la intimidad como bien jurídico protegido y el objeto material en estas conductas, limitando nuestro análisis a las manifestaciones en que se puede desarrollar la misma, enfatizando su contenido en los documentos, las telecomunicaciones y la informática, para lo cual efectuaremos un análisis dogmático jurídico de nuestras normas, a fin de conocer cómo se tutelan las conductas que atentan contra el derecho a la intimidad en nuestro Código Penal, lo que efectuaremos en base a la teoría finalista del delito.

De la misma manera, desarrollaremos algunos aspectos relevantes sobre la intimidad informática, específicamente lo relativo a las bases de datos, dado la relevancia que este tema tiene en la actualidad, puesto que aún y a pesar de los tiempos en que vivimos nuestra legislación no ha desarrollado nada al respecto, toda vez que este tipo de ofensas como ya lo hemos expuesto, no son consideradas expresamente como una conducta típica.

En esta sección evaluaremos aspectos generales sobre la intimidad informática, igualmente analizaremos frente a esta las legislaciones de otros países que sí poseen reglamentación al respecto haciendo énfasis en aquellas conductas que vulneran de manera directa el derecho a la intimidad. Para ello resaltaremos la importancia de las bases de datos, la tutela del correo

electrónico y destacaremos la problemática del derecho frente a las mismas. Así mismo realizaremos un análisis si de darse este tipo de conductas en nuestro país, la normativa actual puede o no hacerle frente a estas.

V. Objetivos:

A. Generales:

1. Establecer los criterios existentes en la doctrina frente al derecho a la intimidad.
2. Determinar la importancia de la intimidad como derecho fundamental.
3. Conocer como se tutela el derecho a la intimidad en la legislación penal panameña.
4. Identificar cuáles son los problemas que existen en torno a la tutela penal de la intimidad documental, informática y de las telecomunicaciones.

B. Específicos:

1. Subrayar la importancia del respeto de la intimidad como derecho fundamental.
2. Puntualizar si la normativa existente se adecúa al desarrollo tecnológico que se da en nuestro tiempo.
3. Sugerir en un Anteproyecto de Ley modificaciones al régimen legal vigente de los delitos que violan el derecho al secreto, entre estos que la intimidad sea el bien jurídico protegido además de la incorporación de nuevas conductas típicas referentes al tema.

VI. Hipótesis

1. La intimidad es un derecho de todo ser humano, y por tanto debe reconocérsele como garantía fundamental de todo ciudadano.
2. La legislación penal panameña debe acoger el criterio de intimidad y plantearse el mismo como bien jurídico tutelado de los asociados.
3. Los avances tecnológicos hacen necesario que nuestro país cree una legislación novedosa que tutele adecuadamente la intimidad documental, informática y de las comunicaciones.

CAPITULO II: MARCO DE REFERENCIA

SECCIÓN PRIMERA: CUESTIONES FUNDAMENTALES DEL DERECHO A LA INTIMIDAD.

I. Introducción

El derecho a la intimidad, constituye en el presente un tema de amplia discusión en el mundo jurídico, puesto que frente a la evolución de este nuevo derecho se desarrollan los avances de la tecnología característicos de nuestra época, que dificultan no solo su debida protección sino incluso cuáles deben ser los límites de dicha protección frente a otros derechos.

El concepto de intimidad ha sido y es aún objeto de múltiples revisiones, toda vez que al estar estrechamente vinculado con la misma sociedad o mejor aún con el momento histórico que se vive, ello ha conllevado que su evolución como derecho haya estado ligado con la evolución de la humanidad.

En el presente capítulo expondremos los temas fundamentales que la doctrina ha desarrollado frente a este nuevo derecho, por tal partiremos tratando de ubicar sus antecedentes para luego establecer cual es su evolución histórica. De la misma forma analizaremos su concepto y los problemas que se plantean frente a su delimitación y su contenido. A su vez, desarrollaremos lo concerniente a su establecimiento como garantía fundamental y su tutela como bien jurídico protegido.

II. Nociones, Contenido y Límites del Derecho a la Intimidad

A. Nociones

Frente al derecho a la intimidad, no existe aún un criterio doctrinal uniforme sobre su concepto y contenido, precisamente por ser un derecho nuevo y que se encuentra en constante desarrollo y evolución. A continuación expondremos los criterios doctrinales existentes sobre su concepto y su concepción frente a términos que se relacionan al mismo.

1. Antecedentes y Concepto del Derecho a la Intimidad

1.1 Antecedentes

Antes de adentrarnos al análisis profundo de este derecho creemos conveniente referirnos a sus antecedentes filosóficos inmersos en la historia de la humanidad, dado que como lo indicáramos en líneas anteriores, toda su concepción se encuentra ligada a la evolución de esta, de ahí la importancia de mencionar brevemente los aspectos más relevantes en torno al desarrollo de su concepto.

Su nacimiento se ubica desde épocas antiguas, es así que tanto en la Biblia como en el Corán se encuentran referencias de múltiples manifestaciones de lo que es la intimidad. Así por ejemplo, en el Corán se reitera la idea de distinción entre "lo que ocultamos y lo que expresamos", de igual forma encontramos referencias a la intimidad tales como "vida interior" o contrarias a esta como "el

espionaje", "la indiscreción", "la difamación" o "la injuria", lo que evidencia que por ser este un tema inherente a la propia esencia del hombre, su protección y concepción ha sido motivo de preocupación desde los primeros tiempos.

En la antigüedad, específicamente en la sociedad griega, situaron la esencia del hombre en el ser político. En esta cultura se hacía la distinción de dos esferas en las que se desenvuelve la persona: la pública y la privada, y ya desde ese momento se planteaba la confrontación entre ambas. En la esfera pública afirmaban los griegos, el hombre alcanza el pleno desarrollo fomentando su libertad, mientras en la esfera privada satisface sus más básicas necesidades. (GOMEZ PAVÓN, 1989, p.8).

La esfera pública correspondía a la llamada esfera de la *polis* y la privada se circunscribía enteramente al hogar y a la familia, lo que constituía un axioma básico para el pensamiento político antiguo.

Al respecto explica GONZALEZ GAITANO que "la familia era el ámbito de la necesidad, no de la libertad: es decir, la esfera familiar constituía el ámbito de satisfacción de las necesidades vitales humanas y se regía por normas distintas de la *polis*. Para el pensamiento griego la capacidad del hombre de organizarse políticamente era diferente y se oponía a su necesidad de asociarse naturalmente en torno al hogar y a la familia". (GONZÁLEZ GAITANO, 1990, p.32).

Ni las actividades realizadas en el hogar, ni las que se referían a funciones propias de la familia tenían relevancia para los pensadores de la época, sin embargo, sí daban un sentido de propiedad, lo que era un requisito esencial para formar parte de la *polis* y acceder de esta forma a la llamada esfera pública, la cual era considerada elemental, puesto que como lo mencionáramos, constituía esta el ámbito de la libertad y era a través de la publicidad que el hombre podría perdurar mediante las palabras y el pensamiento, ya que es de esta forma que el hombre se mostraba a los demás en su humanidad e individualidad personal. y como precisa el autor GONZALEZ GAITANO "la esfera pública estaba reservada a la individualidad, se trataba del único lugar donde los hombres podían mostrar real e invariablemente quiénes eran". (GONZÁLEZ GAITANO. Op. Cit., p. 34)

Es evidente entonces, que se le otorgaba prevalencia a la esfera pública identificándola con la idea de la soberanía estatal, sin embargo, hoy en día los peligros que una sociedad informatizada representa, debido a la mayor posibilidad de control de la mayoría, ya sea por el Estado o por determinados grupos, han llevado al ciudadano a defender o intentar preservar lo que tradicionalmente se ha considerado la esfera privada.

En la Roma antigua, también podemos reconocer algunos antecedentes del derecho a la intimidad. A diferencia de la cultura griega, los romanos le daban importancia a lo privado. Para estos, era en la vida privada, en el hogar doméstico donde las cosas cobraban un significado moral. Esto obtiene su

reconocimiento a través de la protección de la inviolabilidad del domicilio, toda vez que la casa para estos era un lugar sagrado.

En el derecho romano, la intervención de la ley en el hogar era muy escasa, puesto que se consideraba que la vida íntima de la familia debía desenvolverse libremente y por sí misma, sin intervención de ningún tercero.

En opinión de HERRERO-TEJEDOR, la evolución de la intimidad en este momento histórico de la humanidad, se encuentra estrechamente vinculada con la evolución de la protección del honor. Es así que establece, que la llamada *iniuria* fue el punto de partida para designar actos lesivos singulares que por sus contornos difusos no poseían una denominación específica. Al principio solo se tutelaban los atentados contra las viejas costumbres, pero a partir del edicto *ne quid infamandi causa fiat* compete al pretor el derecho de valorar todo acto susceptible de causar infamia a alguien, lo que significó un triunfo del criterio subjetivo. Otro importante avance lo fue la *Lex Cornelia de iniuriis* promulgada en el año 81 A.C., ya que en ella aparece el primer vestigio de tutela de la intimidad, a través de su manifestación más común que es la inviolabilidad del domicilio. (HERRERO – TEJEDOR, 1994, p. 36)

De este modo, se aprecia en esta cultura un avance de la tutela exclusiva contra acciones violentas consagradas dentro de lo que se consideraban las buenas costumbres, para pasarse a facultades judiciales tendientes a reprimir

todo acto capaz de causar infamia a una persona entre las cuales aparece la de proteger la inviolabilidad del domicilio

En la edad media únicamente cabe señalar que en el Siglo XVI se consagró la responsabilidad por agresión y difamación siendo esto un reconocimiento al derecho a la intimidad. Ya en la etapa moderna y a finales del siglo XVI se marco la oposición entre lo público y lo privado entendiéndose por público aquello que está abierto a la consideración de cualquiera mientras que privado significa una parte de la vida amparada y definida por la familia y los amigos (FARINAS MATONI p 317)

Ubicándonos en este contexto histórico nos parece interesante las consideraciones que al respecto hace la autora GOMEZ PAVON quien indica que en esta etapa para el derecho anglosajón tal cual ya lo hemos señalado la dicotomía público – privado es el individuo. Afirma que la escala de valores propia del liberalismo individualista acentúa la importancia de lo individual de su autonomía conformando un sentimiento de defensa frente las injerencias que puedan producirse en su vida privada de esta forma la *privacy* se transforma en un valor frente a posiciones que consideran al hombre como un ser egoísta o no según sus actos se realicen dentro o fuera del Estado (GOMEZ PAVON Op Cit p 11)

Es decir que lo privado viene a actuar como límite frente a lo público. Para entonces se tenía una idea contractualista del derecho a la intimidad la que en

sus primeras formulaciones se le vinculaba a la idea patrimonial ya que se conceptuaba que era un bien más del que se podía disponer toda vez que la vida privada es perteneciente a su titular quien tiene derecho de hacer públicos algunos aspectos de su vida privada como de ocultar otros. Así de acuerdo a la doctrina son entonces los conceptos de contrato y propiedad los pilares jurídicos que fundamentan esta concepción y solo mediante intrusiones físicas podía vulnerarse la intimidad. Siendo así entonces se le consideraba como un derecho exclusivo de una clase social.

Posteriormente con el nacimiento de la burguesía como clase social a partir de la segunda mitad del Siglo XIX como consecuencia de la revolución industrial se da una variación en el concepto de intimidad extendiéndose este como un interés de toda la sociedad separándose así de la idea patrimonial para pasar a ser un derecho fundamentado en la personalidad del sujeto. Por ello varía su concepto y ya desde entonces no se le considera como algo perteneciente a una determinada clase social ni con un sentido patrimonial sino como algo inherente a la propia condición humana: el derecho que todos tienen a verse libres de injerencias e intrusiones en su esfera privada.

Esta nueva forma de entender la intimidad se expresa primeramente en Estados Unidos ya que es en 1890 cuando la revista *HARVARD LAW REVIEW* publica un artículo denominado *THE RIGHT TO PRIVACY* (El Derecho a la Privacidad) escrito por los abogados WARREN Y BRANDEIS siendo este para muchos tratadistas la primera alusión directa y expresa del

derecho a la intimidad, ya que en el mismo se analiza que además del derecho a la vida debe existir el derecho a disfrutar de la misma, es decir, el derecho a ser dejado en paz.

HERRERO TEJEDOR comenta que "los articulistas toman como punto de partida el derecho de propiedad. Y van extendiendo su alcance a terrenos cada vez más inmateriales. Apoyándose en el derecho de la propiedad intelectual y a la creación artística, van configurando la existencia de un derecho a la *"privacy"* dotado progresivamente de más autonomía. La intimidad debe ser protegida de los nuevos ataques que se ciernen sobre ella". (HERRERO-TEJEDOR, 1994, Op. Cit. p.38).

Es decir, que el derecho a la intimidad va a tener su fundamento en la inviolabilidad de la persona y no en la propiedad privada. En el momento que surge esta publicación la intimidad era tutelada como una relación de pertenencia entre el titular y su vida privada y, en consecuencia, la facultad de hacer públicas ciertas manifestaciones de esa esfera, cuando lo estimara oportuno. De la nueva concepción se entendía entonces que es de la inviolabilidad de la personalidad humana de donde dimanaban las facultades de exclusión en el ámbito de la esfera íntima. Así es como se liga la *"privacy"* con la libertad individual, hasta convertirse en un presupuesto de la misma.

En esta misma línea de pensamiento lo plantea SAEZ CAPEL, quien expresa que una vez dada la ruptura de la concepción tradicional fundamentada

en la idea *privacy – liberty* se sostiene que la privacidad es el derecho que todo individuo tiene a ser resguardado de intrusiones empezando a perfilarse como un presupuesto de la libertad individual pasando a ser el derecho a la intimidad el nucleo esencial de la personalidad (SAEZ CAPEL 1999 p 33)

Vemos entonces como a traves de la historia se han planteado diversos criterios en torno a la intimidad quedando evidenciado que este fenomeno por llamarlo de algun modo ha sido objeto de estudio y preocupacion desde los primeros tiempos El concepto de la intimidad obviamente en nuestros tiempos ha avanzado lo anterior debido a que hoy en dia es uno de los bienes juridicos mas vulnerables frente al desarrollo de la informatica lo cual hace que las violaciones a este nuevo derecho sean mas frecuentes mas faciles de realizar y lo más peligroso sin que el titular del derecho lo pueda tan siquiera percibir

1 2 Concepto de Intimidad

Para llegar a establecer el significado real de la palabra intimidad es necesano partir indefectiblemente de su sentido etimológico pasando luego a su sentido lato para por ultimo exponer los criterios doctrinales

Etimologicamente la palabra intimo proviene del latin *intimus* que significa lo mas recóndito interior secreto profundo o de confianza el que a su vez es una variacion filologica de *intumus* que se deriva del adverbio *intus* que significa dentro (FARINAS MATONI Op Cit p 302)

Partiendo de este análisis etimológico y haciendo una primera aproximación a lo que es la intimidad podríamos decir que es aquello que está lo más adentro posible. Llevándolo al plano humano sería lo que está dentro del hombre que reúne su característica propia o su esencia como individuo en sociedad.

La Real Academia de la Lengua Española por su parte establece tres acepciones de la palabra intimidad. En primer lugar se conceptúa como amistad íntima, en un segundo significado como sentimientos íntimos y reservados de una persona o de un grupo, y por último, círculo de personas entre las que hay una amistad íntima. A su vez, define el vocablo íntimo como lo más interior o interno. (DICCIONARIO ILUSTRADO OCEANO DE LA LENGUA ESPAÑOLA 2004)

Vemos que el primer significado sólo hace alusión a aquella intimidad reflejada por las solas relaciones sociales que se desarrollan en base a la afinidad de carácter entre las personas, que para los efectos de este trabajo no es de mayor relevancia. La segunda, más individualista, establece como sinónimos la intimidad y la reserva. De acuerdo al criterio de GONZÁLEZ GAITANO, íntimo y reservado no es lo mismo, toda vez que reserva es sinónimo de prudencia, medida, ponderación, cuidado, siendo lo íntimo algo que va más allá de la mera reserva. En fin, no todo lo reservado puede ser considerado siempre como íntimo. (GONZÁLEZ GAITANO Op. Cit. p. 23)

Básicamente se relaciona la idea de intimidad con la de soledad, de anonimato teniendo su base en la individualidad del hombre, en su auto referencia y en su diferencia del mismo con respecto a los demás.

Entrando a su análisis doctrinal cabe resaltar, que algunos autores consideran que no es necesario definir la intimidad ya que ello es improcedente metodológicamente, toda vez que sus elementos están dispersos en el entorno cultural específico en que el mismo es formulado. PEREZ CASTRILLON en este sentido indica que "se ha elogiado el acierto de que la vida privada no se defina, evitándose así establecer un principio cerrado que el paso del tiempo podría convertir en un obstáculo ante futuros cambios sociales". (PÉREZ CASTRILLÓN En: JIJENA LEIVA, 1992, p. 41)

A pesar de la postura anterior, la doctrina mayoritaria se ha avocado a tratar de establecer una definición de lo que es la intimidad. Es así como, aunque no es fácil su definición, se han formulado varios conceptos de intimidad, sin que aún en la actualidad exista realmente un significado unívoco y preciso, y como lo señala URABAYEN "las dificultades provienen del fuerte contenido emocional de la noción intimidad, y de que este campo está comprendido en gran medida por los modos y costumbres de la sociedad que se trate, sujetos a frecuentes cambios sobre todo en estos momentos", a continuación expondremos alguna de ellas. (URABAYEN En: GÓMEZ PAVÓN, Op. Cit., p. 30)

Como la mayoría de los tratadistas indican, la primera vez que se definió la intimidad fue para el año de 1873, cuando en los Estados Unidos el Juez COOLEY la definió como “el derecho a ser dejado en paz” (*The right to be alone*), concepto que se mantuvo por mucho tiempo, y que lo que reflejaba era que la misma estaba considerada simplemente como la facultad de aislarse o permanecer ajeno a la sociedad. (GOMEZ PAVON, Op. Cit., p. 30)

GARCIA VITTORIA, la define adoptando esa idea de aislamiento establecida por el derecho anglosajón como “la facultad tutelada por el ordenamiento jurídico, que el ser humano posee de aislarse frente a los demás, manteniendo un reducto de su vida o de su personalidad fuera del alcance de las relaciones sociales”.(GARCIA VITTORIA, 1998, p. 25).

HIGUERA GUIMERA por su parte, precisa la intimidad como “aquel sector de referencias vitales y personales, donde la persona se encuentra a sí misma y puede desarrollar su personalidad”. (HIGUERA GUIMERA, 2002, p. 2)

JIJENA LEIVA refiere que intimidad es “un derecho personalísimo que protege la reserva espiritual de la vida privada del hombre, asegurando el libre desenvolvimiento de éste en lo personal, en sus expresiones y en sus afectos”. (JIJENA LEIVA, Op. Cit., p. 37)

MEJAN elaborando un concepto más completo sobre el contenido de la intimidad señala que es “el conjunto de circunstancias, cosas, experiencias, sentimientos y conductas que un ser humano desea mantener reservado para sí

mismo con libertad de decidir a quien le da acceso a la misma segun la finalidad que persiga que impone a todos los demas la obligacion de respetar y que solo puede ser obligado a develar en casos justificados cuando la finalidad perseguida por la revelacion sea licita (MEJAN 1994 p 15)

GONZALEZ MONTENEGRO al referirse a la intimidad senala que consiste en aquella esfera o ambito estnctamente personal de la persona humana el cual debe estar excluido del conocimiento de terceras personas a fin de evitar o impedir intervenciones innecesanas o en todo caso arbitranas en dicha esfera de privacidad con miras a preservar su dignidad como individuo (GONZALEZ MONTENEGRO 2000 p 5)

Vemos que las ultimas definiciones vinculan la intimidad estrechamente a la idea de exclusion y de reserva Sobre la primera acertadamente apunta MUÑOZ CONDE que la intimidad posee una aspecto positivo y otro negativo refiere el citado autor que en su aspecto negativo es una especie de derecho a la exclusion de los demas de determinados aspectos de la vida que pueden calificarse de secretos en su aspecto positivo es el derecho de control sobre la informacion y los datos de la propia persona incluso sobre los ya conocidos para que solo puedan utilizarse conforme a la voluntad de su titular" (MUÑOZ CONDE 2001 p 243)

En este mismo orden de ideas cabe citar a GONZALEZ GAITANO que considera que en el concepto de intimidad palpita una idea de exclusion de la

comunicación total, de la publicidad, del conocimiento o de la intervención de los demás, a no ser que éstos, por razones especiales de convivencia, se encuentren llamados a participar en nuestra vida elemental y reservada". (GONZÁLEZ GAITANO, Op. Cit., p. 24)

En lo que se refiere a la reserva la intimidad sería a su vez, el derecho a que no se difunda por otras personas datos, noticias cuyo conocimiento se han adquirido de una manera legítima, es decir, es el control de la información que nos atañe. al que MUÑOZ CONDE hace mención al referirse a la intimidad en su aspecto positivo, y como lo indicamos en su momento mal podría entonces reconocérsele como sinónimo de intimidad sino como un elemento de la misma.

La definición terminológica como hemos podido comprobar al revisar las diferentes obras que se refieren a este concepto, varía de autor en autor no solo en su contenido sino en su percepción, lo que si hemos podido constatar es que en la doctrina mayoritaria se le da un contenido de exclusión y reserva, exclusión que consiste en impedir que terceros conozcan elementos que se refieran a la persona misma, exclusión de la comunicación total, de la publicidad, del conocimiento o de la intervención de los demás.

De los conceptos expuestos a nuestro entender se derivan tres aspectos importantes, en primer lugar que la intimidad como derecho busca preservar o proteger la vida privada de la persona, en segundo lugar que las diferentes actividades a la que esa privacidad se refiere no sea del conocimiento de

terceras personas ni se permita en su ejercicio injerencia alguna, ya sea por parte del Estado como de los particulares y por último, que esta esfera puede ser limitada frente a otros intereses que lo justifiquen.

En conclusión podríamos definir que la intimidad es el reducto privado en las cuales se desarrollan las actividades más vinculadas a la naturaleza del ser humano, que va desde sus creencias hasta sus relaciones personales, manifestado lo anterior tanto en actividades de distinta clase como en objetos físicos, para lo cual se le reconoce el derecho de excluir a los demás del conocimiento de los mismos o exigir la reserva de los que por alguna razón son ya conocidos, o bien ejercer el control sobre la información que a uno concierne.

2. Derecho a la Intimidad y Vida Privada

Como bien indicamos al momento de analizar lo relativo al concepto de intimidad esta se refiere en su concepción simple a aquello que está dentro del hombre, lo más profundo, lo que lo individualiza de otros en toda sociedad y que abarca un conjunto de emociones, sentimientos y estados de ánimo, que constituyen la vida afectiva de una persona, como también sus modos de pensamiento o preferencias en distintos ámbitos.

Generalmente en la doctrina, se utilizan como sinónimos los términos intimidad y vida privada o bien intimidad y privacidad, cuando en realidad se tratan de dos palabras distintas que parecieran referirse al mismo asunto. Lo anterior se debe a que el derecho a la privacidad es de origen anglosajón, como

bien lo detallamos en los antecedentes del derecho a la intimidad, la primera vez que expresamente se hizo referencia a esta expresión fue en 1890 con el llamado *right to privacy* por Warren y Brandeis, expresión que desde entonces ha sido utilizada por diversos tratadistas. Por ello, creemos conveniente referirnos al alcance que tiene estos conceptos.

Por vida privada, la Real Academia de la Lengua define “la de la familia de alguien, ajena a su actividad profesional o pública”. (DICCIONARIO ILUSTRADO OCEANO DE LA LENGUA ESPAÑOLA. 2004)

El concepto de vida privada es amplio, y dentro de el se encuadra todo aquello que no queremos que sea de conocimiento general. Dentro de este existe un aspecto aún más reducido, que cada uno de nosotros protege con mayor celo, porque constituye parte esencial de nuestra persona y esto es la intimidad.

Como vemos, ambos conceptos se relacionan entre sí en el aspecto único de que ambos significados nos dan una noción de ausencia de difusión, siendo ello una característica esencial de la intimidad mas no su sustantividad. Con la noción de intimidad, no se designa únicamente el aislamiento o apartamiento de los demás sino la más absoluta interioridad. Esto nos lleva a reconocer entonces la libertad como un elemento común entre ambos, que como bien lo razona REBOLLO DELGADO “en ambas rige la libertad, existe la conciencia

social de restricción de no injerencia de ello deviene la protección legal (REBOLLO DELGADO 2000 p 51)

La vida privada se realiza sólo con la participación de ciertas personas lo que no quiere decir que sea sinónimo de íntimo. El hablar de vida privada conduce a esa idea de exclusión frente a terceros como lo expusieramos con anterioridad pero de forma relativa. Es así como pertenece al ámbito de la vida privada las relaciones matrimoniales, los hijos, las amistades entre otros aspectos lo que puede ser conocido por otros por ejemplo nuestro estado civil y sigue siendo parte de nuestra vida privada. En cambio la intimidad es un concepto absoluto el término vida privada hace referencia a la vida de los sujetos o a las actividades que realiza la persona en un círculo menor y apartado en algún sentido de su vida pública es decir es lo que más se relaciona con el exterior lo más próximo desde la perspectiva de los demás. El carácter de íntimo nos conduce a un plano mucho más interior del hombre que se desarrolla con independencia de la vida de relaciones.

GONZALEZ GAITANO para diferenciar ambos conceptos señala que la intimidad no tiene lugar tangible en el mundo a diferencia del hogar privado. Lo cual no quiere decir que este fuera del mundo antes bien se hace presente de algún modo en la esfera privada y en la esfera pública en caso contrario no seríamos distintos. La intimidad es inmaterial mejor habría que decir espiritual pero esta encarnada es la intimidad de un ser mundano de un ser no solo que

esta en el mundo sino que es también mundo (GONZALEZ GAITANO Op Cit p 43)

Es decir la intimidad no se opone en sí ni a lo público ni a lo privado los límites entre intimidad y vida privada los impone el individuo a través de su voluntad de su libertad o facultad de exclusión La vida privada se define por la relación con esa vida pública de una manera algo más restringida que se desarrollara de acuerdo a los usos sociales o momento histórico que se trate y de la persona ya que cada cual elaborará su vida privada de manera distinta así lo que es para algunos objeto de una reserva extrema para otros es indiferente que se conozca

La intimidad a nuestro juicio es sinónimo de individualidad que hace parte de la vida privada constituye un aspecto de esta lo más interno Como lo indica FERREIRA RUBIO la vida privada es el género que incluye como núcleo central a la intimidad la intimidad sería la parte más reservada (FERREIRA RUBIO Op Cit p 40)

3 Derecho a la Intimidad y Privacidad

También puede precisarse una diferenciación conceptual entre los términos intimidad y privacidad

Es así que la palabra privacidad proviene del latín *privatus* que significa privado particular propio individual personal Privado se define como lo que

está reservado a una sola persona o a un grupo de personas, que no es público". (FARIÑAS MATONI, Op. Cit., p. 302)

A diferencia de lo que muchos autores señalan, para GONZALEZ NAVARRO el término privacidad es más abarcador que el término intimidad "pues en tanto la intimidad protege la esfera en que se desarrollan las facetas más reservadas de la vida de las personas, el domicilio donde se realiza su vida cotidiana, las comunicaciones en las que expresa sus sentimientos, por ejemplo; la privacidad constituye un conjunto más amplio, más global de facetas de su personalidad, que aisladamente consideradas, pueden carecer de consideración intrínseca, pero que, coherentemente enlazadas entre sí, arrojan la personalidad del individuo que tiene derecho a mantener reservada". (GONZÁLEZ NAVARRO, 1995, p. 3)

No compartimos la postura anterior, por cuanto que al hacer referencia a la privacidad solo hace mención de facetas de la personalidad y entronca el significado de intimidad a la protección de domicilio, comunicaciones u objetos donde se manifiestan sentimientos, concepto que a nuestro parecer dista mucho de lo que en la doctrina se ha elaborado como concepto de intimidad aunque no yerra al indicar los objetos en que puede manifestarse la misma.

Por otra parte, tampoco podemos asentir que el término privacidad es mucho más abarcador que el de intimidad, ya que el término privacidad solo alude a la reserva de ciertos aspectos, muy ligado a lo que desarrollamos al diferenciar los

conceptos de vida privada e intimidad, la privacidad igualmente contiene una idea de exclusión relativa y no absoluta que es como se desarrolla la intimidad.

Así pues, "lo privado" aquel reducto personal más alejado y recóndito del individuo, y al que nadie tiene acceso generalmente es "íntimo" (es decir, privativo o concerniente a él sólo), pero no siempre, pues cabe la posibilidad de que participen otras personas elegidas, entrañando su admisión el que "ese algo" del sujeto ya no sea "privado" pero sí "íntimo". (GARCÍA VITTORIA. Op. Cit., p. 25)

REBOLLO DELGADO, al respecto señala que "privado es lo que se ejecuta a la vista de pocos, familiar y doméesticamente, sin formalidad ni ceremonia alguna, no se deduce de ello una radicación espiritual relativa a la persona, ni tampoco una singularidad que la identifique. Aquello que se ejecuta a la vista de pocos no tiene que ser necesariamente íntimo, la única conexión entre intimidad y privado es la ausencia general de conocimiento". (REBOLLO DELGADO. Op. Cit., p. 48)

Entendemos entonces, ya para concluir y no ser redundantes, que en otras palabras todo lo privado es particular o individual, se entiende que lo íntimo puede en cambio ser más reducido pero no excluyente del término anterior. Así pues, será el número de los sujetos implicados uno de los factores que otorgue el carácter de privado o íntimo a algo.

B. Contenido y Límites

1. Contenido

La delimitación del contenido y límites de la llamada esfera íntima son de difícil elaboración, ya que el mismo es un derecho reconocido de reciente data y que se ha decantado en los últimos tiempos con autonomía propia. Al ser un bien inmaterial, se hace necesario establecer claramente sus límites a fin de que no riña con otros derechos. Por ello, la precisión de los distintos aspectos que la componen es de suma importancia, puesto que solo así se fijará la premisa a partir de la cual se puedan formular las directrices de política legislativa para el ámbito jurídico penal y su consecuente protección legal.

Frente a su contenido se han elaborado diversas teorías a fin de establecer claramente cuáles son los elementos que la conforman, pasaremos entonces a explicar las más importantes de ellas de acuerdo a su orden de aparición.

Hasta hace poco tiempo, dentro de la intimidad se incluían una serie de situaciones o hechos que tenían con este en común sólo su carácter de secreto, lo anterior como consecuencia de la patrimonialización de los llamados derechos de la personalidad, explicación que detallamos al momento de revisar sus orígenes.

Para delimitar su contenido surge la llamada teoría de las esferas elaborada por HUBBMANN en Alemania que divide o distingue en la vida privada dos

esferas o zonas diferentes para lo cual parte de la dicotomía tradicional individuo-sociedad. De esta forma señala que existen dos esferas: la individual (*Individualsphäre*) y la vida privada (*Privatsphäre*). (GOMEZ PAVÓN. Op. Cit., p.39)

La primera comprendería los derechos especiales de la personalidad como el derecho al nombre y a la reputación, que permite la defensa de la individualidad y de la estima social frente a terceros. El objeto de protección de la segunda lo sería la tranquilidad espiritual o paz síquica quedando entonces esta esfera desligada de la vida de relación, lo que corresponde a la formulación clásica de la intimidad desarrollada por WARREN Y BRANDEIS que en su momento citamos. Explica la doctrina, que puede existir interrelaciones entre ambas esferas en aquellos casos en que la fama y la honorabilidad del sujeto se vinculen con aspectos de la vida privada del mismo.

Posteriormente, profundizando un poco más en el esquema elaborado por HUBBMANN, HENRICH HENKEL distingue tres grados o esferas concéntricas: La esfera de la vida privada en sentido estricto (*Privatsphäre*), la esfera de la intimidad confidencial (*Vertrauenssphäre* o *Vertraulichkeitssphäre*), y la esfera del secreto (*Geheimsphäre*). En la esfera privada de acuerdo a la explicación de MORALES PRATS, quedarían comprendidos aquellos actos, noticias o manifestaciones que el sujeto desea que trasciendan al dominio público, en la esfera de la intimidad confidencial se ubicaría aquellas noticias de las que su titular hace participe a unos pocos de particular confianza mediante

manifestaciones orales o escritas, es decir, lo constituye el secreto profesional y de la correspondencia, y por último en la esfera del secreto dentro de la cual se sitúan los eventos o noticias de los que se excluye a la totalidad de los individuos, ajenos a la titularidad de los datos o sea los secretos documentales. (MORALES PRATS, 1999, p. 129)

Con relación a esta teoría explica la doctrina que las distintas esferas se comunican entre si y actúan en forma espiral, y es a través del consentimiento del titular que los componentes de la zona del secreto pueden pasar a formar parte por ejemplo: de las relaciones de confianza o de de la vida privada.

Surge posteriormente, otra teoría en Italia atribuida a BRICOLA, que lo explica de una manera más simple y sencilla. Señala este que la intimidad se compone de dos derechos a saber: el derecho a la reserva y el derecho al respeto de la vida privada. El primero tiene como objeto el defender la esfera privada de la divulgación de noticias legítimamente conocidas por el sujeto, y con el segundo se protege al sujeto de interferencias externas o intromisiones ilegítimas, tratándose de impedir el conocimiento o acceso más que la divulgación como ocurre con el primero.

Existen otros autores que consideran que no se hace necesario distinguir entre esfera privada e íntima como es el caso de NOVOA MONREAL, puesto que a su juicio intimidad y vida privada son sinónimos, por lo que es más importante diferenciar entre dos aspectos de la vida privada no tratándose de

gradaciones siendo el primero el derecho de todo ser humano a disponer de momentos de soledad recogimiento y quietud y el segundo hace relacion al derecho de excluir del conocimiento de otros aspectos de la vida privada siendo su nucleo por ende el derecho de exclusion el control de la informacion que podemos ejercer cada uno de nosotros (NOVOA MONREAL En GOMEZ PAVÓN Op Cit p 41)

Todas estas teorías han sido objeto de críticas pero nos parece interesante la que se le realiza a la teoría de las esferas que sirvió de base para la elaboración de las demás. Es así que se le cuestiona a esta teoría la separación absoluta que hace entre la vida privada y la pública ya que exalta un espacio donde la socialización es nula lo que no se compadece con la realidad social. También se ha criticado el hecho de separar de la vida privada toda referencia a cualquier interés atinente a la vida en relación con lo cual sólo eventualmente la esfera individual podría tener alguna conexión con la vida de relación cuando el ataque a la individualidad y al nombre hiciera referencia a aspectos de la vida privada (GOMEZ PAVÓN Op Cit p 41)

Con lo que sí se concuerda es con la diferenciación que en cada una de ellas se expone entre las situaciones de exclusión absoluta de terceros a lo que acontece en la vida privada de aquellas otras en las que se da una exclusión relativa como lo son aquellos casos en donde se obtiene la información de manera legítima que origina un sigilo o discreción de determinados sujetos. Es por ello como bien señala MORALES PRATS que la gradación pues de las

facultades de exclusión en dos esferas, una relativa a la intimidad en *strictu sensu* y otra al círculo de relaciones confidenciales de distinto carácter (laboral, profesional y doméstico). constituye una premisa lógica para la construcción de una teoría unitaria de la *privacy*". (MORALES PRATS. Op. Cit., p. 131).

Siguiendo al mismo tratadista, al momento de plantear el contenido de la intimidad hace referencia a que debe partirse para una construcción adecuada del mismo de una *privacy* con contenido pre - informático y otra de contenido informático, a fin de que se adecue a los tiempos de hoy frente al desarrollo de las nuevas tecnologías.

De este modo distingue entre tres esferas que ligán la intimidad con la libertad personal en la sociedad tecnológica que son: *privacy* de la esfera íntima donde se asientan las facultades de exclusión de terceros en lo que respecta a hechos o circunstancias relativos a la intimidad con relevancia jurídica tales como los secretos documentales, domésticos, inviolabilidad del domicilio; *privacy* política que asume dentro de la sociedad tecnológica el carácter de garantía institucional de otras libertades, ya que la salvaguarda de la esfera íntima puede evitar el menoscabo de otras libertades políticas. Por último, se refiere a la *privacy* de la libertad personal que se sustenta ya en el propio ser humano, indica que la *privacy* del cuerpo, es invocable en supuestos de operaciones o pruebas médicas coactivas por ejemplo sustracciones de sangre, la *privacy* del domicilio y de los efectos que en el mismo se encuentra, el respeto de las garantías jurisdiccionales como lo es el derecho de defensa (confidencialidad y

sigilo de la relación entre abogado y cliente) conforman también el contenido del derecho a la intimidad. (MORALES PRATS. Op. Cit., p. 124)

Con relación a esta formulación del contenido de la intimidad adecuada al desarrollo tecnológico, indica el autor que este avance obliga a reciclar su contenido debiéndose adecuar a las necesidades de la persona en la sociedad cibemética, es por ello, que la configuración del derecho a la intimidad debe distinguir la fase pre - informática e informática, dado que en esta última fase la llamada por él *privacy* acrecienta su significado de garantía política toda vez que el poder informático posibilita ingerencias cuantitativa y cualitativamente mayores en la esfera íntima de los ciudadanos.

Luego del recuento anterior, sobre cada una de las teorías que tratan de explicar el contenido de la intimidad, vemos pues que dentro de la intimidad como ya lo habíamos advertido encontramos el derecho de exclusión a fin de evitar intromisiones ilegítimas de datos que solo nos conciernen a nosotros, y el derecho a la reserva que es el que se refiere a evitar la divulgación indebida de datos ya conocidos. Lo anterior va a depender del rol de la persona en sociedad. Dentro de los derechos antes mencionados que la conforman podríamos señalar a su vez que dentro de ese contenido se ubican también otros derechos, dado pues al marco de amplitud con que la misma cuenta, así dentro del derecho a la reserva se da la protección de la imagen, del nombre, voz, escritura, acontecimientos personales, de los pensamientos y manifestaciones, y se incluye dentro del derecho de exclusión el secreto de la correspondencia, de los

documentos, del domicilio y el profesional. A fin de delimitar adecuadamente nuestro trabajo de investigación desarrollaremos lo pertinente a la intimidad documental y de las comunicaciones las cuales actualmente se encuentran protegidas en nuestro ordenamiento jurídico, así como también realizaremos un estudio de lo concerniente a la llamada intimidad informática.

2. Límites

No existen derechos absolutos, por ello la intimidad como derecho posee también ciertos límites. La doctrina mayoritariamente ha establecido el eje central de discusión frente a este tema, la colisión del derecho a la intimidad y el derecho a la información. Ambos derechos han sido reconocidos no solo a nivel de textos constitucionales, sino también en los diversos tratados de derechos humanos, como en su momento veremos.

Estos derechos muestran intereses contrarios, por un lado el derecho a la intimidad persigue el debido resguardo del ámbito de las actividades que se desarrollan en la vida privada en sus diferentes manifestaciones, por el otro la libertad de información tutela el derecho público de comunicar y recibir información, aspecto que no solo concierne a los medios de comunicación sino también a cualquier particular que puede darla y hacerla de conocimiento público, a través de los diversos medios de difusión. Como lo indica GÓMEZ PAVÓN, "la una como la otra entrarán en conflicto cuando lo que se expresa o se informe afecte lo considerado íntimo". (GÓMEZ PAVÓN, Op. Cit., p. 74).

GARCIA VITTORIA comenta desde el punto de vista del derecho a la información ejercido por la prensa que "la necesidad de proteger la intimidad del individuo supone un límite frente a la libertad de información periodística, lo que no en pocas ocasiones, y sobre todo actualmente, da lugar a frecuentes colisiones, por lo que es preciso buscar la raya divisoria más adecuada a fin de respetarse mutuamente; el derecho a la intimidad, que opera aquí como límite de otras libertades, no consiste en mantener ocultos a la información pública tales o cuales datos relativos a la intimidad de las personas, sino en preservar la libertad de la persona en lo íntimo, a lo cual se oponen tanto la fiscalización intrusiva como la difusión instrumentalizadora". (GARCÍA VITTORIA, Op. Cit. p.129)

La doctrina ante este tema se encuentra dividida, ya que por una parte existe un sector minoritario que atribuye la vigencia del derecho a la información como una libertad supranacional, la cual debe ser preferente ante cualquier otro derecho, por otra parte la doctrina mayoritaria, tal y como lo expresáramos al iniciar este punto, reconoce como límites del mismo además de la intimidad, el derecho al honor y a la propia imagen.

De este modo, cuándo debe prevalecer el uno sobre el otro, ello lo señalarán las reglas generales y las circunstancias y detalles de cada caso en concreto, es decir, se deberá valorar mediante una ponderación de los intereses en juego. Cuando el interés en la información sea prioritario a la protección otorgada la intimidad, ésta deberá ceder en beneficio del derecho a la información, por tanto

la conducta será justificada y el hecho conforme a derecho. (GÓMEZ PAVÓN, Op. Cit. p. 80)

La intimidad entonces se verá limitada frente al derecho a la información en aquellos casos en que la información sea necesaria para formar la opinión pública en asuntos de carácter social, en asuntos de Estado, o por un interés público en general.

FERREIRA RUBIO señala que "el derecho a la vida privada no se enfrenta exclusivamente al derecho a la información sino también a otros valores o intereses dignos de tutela preferente los cuales son: el derecho de investigación que corresponde en determinadas hipótesis al Estado, el derecho de control de los padres sobre hijos sometidos a su autoridad, el poder de policía del Estado. (FERREIRA RUBIO, 1982, p. 178)

Siguiendo a la misma autora, esta divide de este modo los límites al derecho a la intimidad en dos grupos: las limitaciones de orden personal o de carácter general. Las primeras son aquellas que se fundan en las condiciones personales del sujeto, es decir, que se resumiría en la calidad que tiene el sujeto en el contexto social, así de ser una personalidad política son de interés igual su comportamiento o vida fuera de ese ámbito si ese conocimiento puede servir para una mejor evaluación de su personalidad política, mientras que las segundas son aquellas aplicables a todos los sujetos en general entre las que están la seguridad del Estado que justifica en algunas situaciones que se limite

el derecho a la intimidad de los particulares, el bienestar general como lo son por ejemplo la salud pública y el ejercicio de derechos por parte de terceros que es el derecho de control por ejemplo que ejercen los padres frente a sus hijos.(FERREIRA RUBIO. Op. Cit., p. 180-182)

En conclusión, establecer los límites de este derecho como bien se ha indicado los resolverá el juzgador frente a cada situación planteada. Ello, una vez se pueda constatar la existencia de alguna justificación, que resumiríamos de acuerdo a los planteamientos doctrinales en la existencia de el ejercicio legítimo de un derecho o bien mediante la justificante de cumplimiento de un deber por señalar algunas.

III. La Intimidad desde la Perspectiva Constitucional y de los Derechos Humanos.

Antes de entrar a analizar la intimidad como derecho fundamental, creemos conveniente a manera introductoria definir previamente qué se entiende por derecho fundamental y qué se entiende por garantía individual o constitucional.

Para FIX ZAMUDIO, las garantías individuales "son los medios jurídicos, predominantemente de carácter procesal, que están dirigidos a la reintegración del orden constitucional cuando el mismo ha sido desconocido o violado por los órganos de poder". (FIX SAMUDIO EN: LARA ESPINOZA, 1998, p. 12)

Por su parte CABANELLAS, las conceptúa como "el conjunto de declaraciones, medios y recursos con que los textos constitucionales aseguran a

todos los individuos o ciudadanos el disfrute y ejercicio de los derechos públicos y privados fundamentales que se les reconocen”. (CABANELLAS, 1981, p.154)

Una definición muy completa de lo que se debe entender por garantía constitucional o individual nos las ofrece el jurista LARA LOPEZ señalando que son “el reconocimiento y proclamación de diversos derechos consignados y protegidos bajo ciertas reglas y principios jurídicos a favor del gobernado por la Constitución, leyes y tratados internacionales, que sólo pueden ser restringidos o suspendidos por las autoridades competentes, en aquellos casos y con las condiciones que el orden jurídico establece”.(LARA ESPINOZA, Op. Cit., p.12)

También se define como “... una institución particular, determinada, creada para el amparo o protección de derechos constitucionales”. (SANCHEZ VIAMONTE, 1991, p. 43)

Debe entenderse entonces por garantía constitucional, aquellas establecidas por la Constitución como mecanismo de tutela, amparo o protección jurídica de los derechos y libertades fundamentales, que protegen al ciudadano de posibles abusos frente al poder estatal y de terceros, las que a su vez pretenden establecer las condiciones mínimas para garantizar de manera efectiva el desarrollo de la libertad y de la dignidad de las personas.

Comúnmente se tiende a confundir lo que es un derecho constitucional de los que es una garantía constitucional, debemos aclarar que el derecho conlleva

la posibilidad del ejercicio de una o un conjunto de facultades reconocidas por la Ley. la garantía por su parte como bien lo aclara GONZALEZ MONTENEGRO, "es el mecanismo protector de tales derechos para que éstos, en caso de su infracción o menoscabo sean restablecidos en su contenido y sea permitido, por ende, su pleno y eficaz ejercicio". (GONZALEZ MONTENEGRO, 2002, p. 31)

Podemos concluir entonces que ambos se relacionan entre sí, ya que se hace necesario que todo derecho legalmente reconocido cuente con un mecanismo de defensa a fin de que su ejercicio sea efectivo, es así que RODRIGUEZ ROBLES señala que "la garantía per se no existe, ya que ella va a estar vinculada, "forzosamente a algo o a alguien a quien sirve", tanto así que afirma que "su misión es proteger, tutelar o defender un objeto diverso a ella. Por tanto... se concluye que si desaparece lo que necesita seguridad, la garantía pierde toda vitalidad y razón de subsistencia". (RODRIGUEZ ROBLES, 1993, p. 84)

A. La intimidad y su Protección Constitucional

El reconocimiento de la intimidad como derecho fundamental es de reciente data, toda vez que como derecho no adquiere vigencia propia sino a partir del siglo veinte. Sin embargo, cabe destacar que sus manifestaciones, es decir, la inviolabilidad de las comunicaciones, la inviolabilidad del domicilio, y de la correspondencia siempre han gozado de protección constitucional por la gran trascendencia que estos aspectos tienen para la pacífica convivencia social, lo cual como lo señaláramos encuentra sus antecedentes en épocas antiguas.

El derecho a la intimidad ha sido establecido por la mayoría de la doctrina como un derecho subjetivo entendiéndose por estos “la facultad que el individuo tiene de ejercitar el derecho reconocido frente a terceros”, los que a su vez, poseen un aspecto formal que sería su reconocimiento por el ordenamiento jurídico y otro material que no es más que el interés que el individuo persigue. (REBOLLO DELGADO, Op. Cit., p. 75)

De la misma manera, este derecho junto a otros como el del honor y de la propia imagen, se les ubica dentro de los llamados derechos de la personalidad, es decir, inherentes a la propia persona, que de acuerdo a ARANGO DURLING estos comprenden “los derechos que se ejercitan sobre la persona, en sus atributos físicos y morales”. De ahí deviene entonces, su establecimiento como derecho fundamental de todos los asociados, que persigue ante todo defender la dignidad de las personas, constituyendo esto último el común denominador entre los derechos fundamentales y los derechos de la personalidad. (ALEMANY VERDAGUER 1984 EN: ARANGO DURLING, 1999, p. 18)

La dignidad de la persona ha constituido y constituye el pilar básico sobre el que se fundamenta todo ordenamiento social, siendo la persona el objeto y fin de toda regulación normativa. Como bien comenta el precitado autor “la dignidad está relacionada con la idea de libertad e igualdad. De allí que requiera de la actuación del resto de los seres humanos para que sea efectiva. Además, es parte esencial de los atributos de la persona, independientemente que el

derecho la reconozca o no. Lo que el derecho asegura es su eficacia garantizando su respeto y posibilitando su desarrollo (REBOLLO DELGADO Op. Cit. p. 71)

El Pleno de la Corte Suprema de Justicia de nuestro país a través del Fallo de 14 de febrero de 2003 al respecto indicó

Como es conocido el derecho a la intimidad dimana o tiene su fuente en el respeto a la dignidad del ser humano y el respeto a manifestaciones de la personalidad que corresponden a la esfera íntima personal o familiar de la persona y aun en determinadas manifestaciones de la vida en sociedad que la persona ha escogido mantener bajo reserva. Si bien la Constitución no ha regulado de manera específica este derecho fundamental se regula alguna de sus manifestaciones que han ocupado al Pleno como lo es la inviolabilidad de la correspondencia de las comunicaciones (veanse las sentencias de 19 de marzo de 1999 y de 14 de junio de 2000). En la primera de ellas se incluye como contenido esencial la facultad de la persona de aislarse de buscar la soledad o el anonimato de crear barrera frente a intromisiones no deseadas y de controlar la información sobre su domicilio. La consecuencia es que tales injerencias han de evitarse salvo que se trate de proteger otros bienes constitucionales que pudiesen verse afectados con la intromisión (Principio de ponderación) (<http://www.organojudicial.gob.pa>)

Como derecho de la personalidad que es, reúne ciertas características que se resumen en las siguientes:

1. **es originario e innato**, lo que quiere decir que se adquieren por el simple hecho del nacimiento y solo se pierden con la muerte y por tanto, no requieren de ningún mecanismo especial para su adquisición o transmisión, esta característica está estrechamente vinculada a la esencialidad de este derecho ya que sin el ejercicio del mismo quedaría insatisfecha el desarrollo de la personalidad del sujeto.
2. **es subjetivo y privado**, es subjetivo o individual porque se le reconoce a cada persona en particular y son privados de acuerdo a la opinión de HERRERO-TEJEDOR en un doble sentido "en primer lugar porque lo que tratan de asegurar a cada individuo es el goce de su propio ser privativo y personal, tanto físico como espiritual o moral, no su actuación externa ó pública. En segundo término, porque el objetivo primordial de su protección no es otro sino el sancionar o impedir las perturbaciones ocasionadas por otros particulares a un bien estrictamente privado o particular". (HERRERO TEJEDOR, Op. Cit., p. 57)
3. **es oponible erga omnes**, es decir, que se pueden ejercitar ante todas las personas, lo que lo hace un derecho absoluto que puede verse limitado sólo cuando entre en conflicto con otros intereses de igual rango.
4. **es extrapatrimonial**, toda vez que se trata de un interés no valuable en dinero que está fuera del comercio, al tratarse de un bien ideal no patrimonial.
5. **es intransmisible e indisponible**, esta característica guarda relación con el hecho de que el sujeto no posee la facultad de realizar actos que se refieran al mismo derecho en sí, para como por ejemplo dejar de ser el titular, y por tratarse de un derecho de la personalidad no puede transmitirse de una persona a otra.
6. **es irrenunciable e imprescriptible**, ya que la persona no puede renunciar al ejercicio del mismo y no puede extinguirse por inactividad o silencio de su titular.

Una vez realizadas las consideraciones anteriores veamos entonces cuál es la protección que a nivel constitucional se le ha dado no solo en nuestro país sino también en el derecho comparado.

La Constitución Nacional de 1972, reformada por los Actos Reformativos N° 1 y N° 2 de 5 y 25 de octubre de 1978, respectivamente; por el Acto Constitucional aprobado el 24 de abril de 1983; por los Actos Legislativos N° 1 de 1993 y N° 2 de 1994; y por el Acto Legislativo N° 1 de 2004, no establece la intimidad como una derecho constitucional de manera expresa, sin embargo, vale destacar que a lo largo de nuestra vida republicana las diversas manifestaciones de la intimidad han sido reconocidas como derechos fundamentales. Es así como en el artículo 26 de nuestra Carta Magna se garantiza la inviolabilidad del domicilio y al tenor expresa que:

Artículo 26: "El domicilio o residencia son inviolables. Nadie puede entrar en ellos sin el consentimiento de su dueño, a no ser por mandato escrito de autoridad competente y para fines específicos, o para socorrer a víctimas de crímenes o desastres.

Los servidores públicos de trabajo, de seguridad social y de sanidad pueden practicar, previa identificación, visitas domiciliarias o de inspección, a los sitios de trabajo con el fin de velar por el cumplimiento de las Leyes sociales y de salud pública".

De la misma forma se garantiza en un mismo artículo la inviolabilidad de la correspondencia y de las comunicaciones cuando señala que:

Artículo 29: “La correspondencia y demás documentos privados son inviolables y no pueden ser examinados ni retenidos, sino por mandato de autoridad competente y para fines específicos, de acuerdo con las formalidades legales. En todo caso, se guardará absoluta reserva sobre los asuntos ajenos al objeto del examen o de la retención.

El registro de cartas y demás documentos personales se practicará siempre en presencia del interesado o de una persona de su familia o, en su defecto, de de dos vecinos honorables del mismo lugar.

Todas las comunicaciones privadas son inviolables y no podrán ser interceptadas o grabadas, sino por mandato de autoridad judicial.

El incumplimiento de esta disposición impedirá la utilización de sus resultados como pruebas, sin perjuicio de las responsabilidades penales en que incurran los autores”.

Debemos mencionar, que el artículo citado anteriormente, fue reformado mediante el Acto Legislativo N° 1 del 2004. A través de esta reforma se introdujeron otros elementos en lo que respecta a la inviolabilidad de las telecomunicaciones, ya que anteriormente la norma solo hacía mención a las comunicaciones telefónicas privadas expresamente, que como vemos al abrirse a las comunicaciones privadas en general, ello permite la posibilidad que la misma se adecue de manera inmediata a los avances tecnológicos que enfrentamos diariamente. de la misma forma, hace la salvedad como lo hace en el artículo 26 que solamente las comunicaciones de los ciudadanos podrán ser interceptadas en aquellos casos en que sea autorizado por mandato judicial, obviamente, el mismo deberá estar debidamente motivado a fin de evitar la

comision de arbitrariedades que permitan un abuso en el uso de esta excepción que frente a este derecho fundamental nos brinda la Constitucion Nacional

El articulo 42 de la Constitución por su parte producto de las ultimas reformas hace referencia a las llamadas bases de datos que por tener informacion sensible de las personas hacen parte de su intimidad De este modo se introduce este articulo novedoso puesto que antenormente no se regulaba nada al respecto lo que hacia de cierto modo que nuestra legislacion estuviera obsoleta frente a los peligros que hoy en dia la informatica representa para la intimidad de todos los asociados El articulo en mencion refiere lo siguiente

Articulo 42 Toda persona tiene derecho a acceder a la información personal contenida en bases de datos o registros publicos y privados y a requerir su rectificacion y proteccion asi como su supresion de conformidad con lo previsto en la Ley

Esta informacion solo podrá ser recogida para fines especificos mediante consentimiento de su titular o por disposicion de autoridad competente con fundamento en la Ley"

De esta forma vemos que nuestra maxima excerta legal establece como se ha indicado al momento de analizar la doctrina no solo el derecho de exclusion que se tiene frente a otros para que no conozcan aspectos de nuestra vida particular sino que a su vez reconoce el derecho de autodeterminacion que hace parte de la intimidad que como explicaremos trata del control que debemos ejercer cada uno de nosotros sobre la informacion dada para fines especificos

En este sentido, nos parece oportuno citar la Sentencia de Inconstitucionalidad emitida por el Pleno de la Corte Suprema de Justicia de Panamá el 16 de junio de 2003, dentro de la cual se realizan algunas consideraciones en torno al derecho a la intimidad y la autodeterminación informática, al tenor expresa lo siguiente:

El derecho a la autodeterminación informativa surge como un derecho humano de tercera generación (como emanación o consecuencia del derecho a la privacidad) encaminada a la protección de la persona con respecto a la información contenida en registros informatizados o bancos de datos que le conciernan, sobre su acceso corrección (el *habeas data* propio), y su denominación fue acuñada como consecuencia de su "invención" por el Tribunal Constitucional alemán en 1983 (en un caso relativo a los censos), y que ubicaba ese derecho en el derecho a la autodeterminación del ser humano y el control de la información suya en archivos informáticos o bancos de datos. Por su parte, el impropio se refiere al derecho que tiene toda persona de informarse sobre asuntos gubernamentales que sean públicos. Este último, por su parte, estima el Pleno, tiene su límite en los derechos fundamentales del ser humano, singularmente del derecho a la privacidad, que, en línea de principio, no debe ceder ante un interés general, sin una adecuada ponderación en caso de conflicto entre derechos fundamentales (a la intimidad y a la inviolabilidad de la correspondencia) y otros bienes constitucionales. Por interés general o público debe entenderse aquél cuya gestión y tutela constituye un cometido público o que también representen los intereses sociales de una colectividad dada, y constituye la antítesis de los intereses privados o particulares.
(<http://www.organojudicial.gob.pa>)

No podemos dejar de mencionar que la Constitución Nacional establece la Acción de Habeas Data en el artículo 44, como mecanismo legal que se tiene

para poder ejercer el control de nuestra información de manera efectiva. Previamente, esta acción fue creada mediante Ley N° 6 de 22 de enero de 2002, como una iniciativa para colaborar con la transparencia de la gestión pública. Posteriormente, mediante el Acto Legislativo N° 1 de 2004, se introduce dentro del articulado constitucional referente a las garantías fundamentales. el artículo en mención señala que:

Artículo 44: Toda persona podrá promover acción de habeas data con miras de garantizar el derecho de acceso a su información personal recabada en bancos de datos o registros oficiales o particulares, cuando estos últimos traten de empresas que prestan un servicio al público o se dediquen a suministrar información.

Esta acción se podrá interponer, de igual forma, para hacer valer el derecho de acceso a la información pública o de acceso libre, de conformidad con lo establecido en esta Constitución.

Mediante la acción de habeas data se podrá solicitar que se corrija, actualice, rectifique, suprima o se mantenga en confidencialidad la información o datos que tengan carácter personal.

La Ley reglamentará lo referente a los tribunales competentes para conocer del hábeas data, que se sustanciará mediante proceso sumario y sin necesidad de apoderado judicial.

En el presente trabajo de investigación no pretendemos hacer un análisis extenso de lo que conlleva esta garantía constitucional, sin embargo, haremos unas breves consideraciones en torno al mismo, dado su estrecha vinculación con el derecho que tratamos.

El Hábeas Data, como ya lo hemos indicado es una garantía constitucional que brinda protección al derecho a la intimidad de las personas cuya información o dato se encuentren en los llamados bancos de datos o en cualquier tipo de registro. Esta acción es producto del desarrollo de las sociedades contemporáneas, las cuales han debido integrar en sus legislaciones mecanismos legales adecuados, frente a los avances tecnológicos en materia de recopilación, almacenamiento y procesamiento de información o de datos.

Su incorporación en el sistema jurídico deviene de la importancia de preservar ese derecho a la privacidad que tiene toda persona dentro de la llamada sociedad tecnológica.

PEREZ LUÑO al respecto comenta que "...para la opinión pública y el pensamiento filosófico, jurídico y político de nuestro tiempo constituye un problema nodal el establecimiento de unas garantías que tutelen a los ciudadanos frente a la eventual erosión y asalto tecnológico de sus derechos y libertades, en particular, de su derecho a la tutela de su vida privada". (PEREZ LUÑO, 1996, p. 43)

Es entonces, la existencia de archivos o de banco de datos en las que se almacenen datos o informaciones de carácter personal ya sea sobre una persona o su grupo familiar, lo que va dar el derecho a que una persona pueda tener acceso o conocimiento de los mismos, con la finalidad de exigir ya sea su corrección, supresión o bien la confidencialidad de los datos recabados y que le

conciernen, lo cual se va a lograr vía judicial, es decir, por medio de la intervención de un ente jurisdiccional, en ejercicio de esta garantía constitucional, la cual lo que persigue por una parte es que el titular mantenga el control de su propia información y por otra, que aquellos que manejen la información no desconozcan los derechos de quienes se les ha recabado sus datos de índole personal cuyo inadecuado manejo pudieran resultar en un perjuicio a la privacidad del sujeto.

Como bien lo indicamos, el derecho a la intimidad no lo encontramos expresamente en la Constitución Nacional, sin embargo, el establecimiento del hábeas data como garantía constitucional reconoce la existencia del mismo de manera indirecta, ya que precisamente va dirigido a preservar el goce este derecho fundamental.

En el derecho comparado, a contrario de lo que ocurre en nuestro país, encontramos que son varias las Constituciones tanto latinoamericanas como europeas que regulan y establecen de manera expresa a la intimidad como derecho fundamental. Así por ejemplo, la Constitución Colombiana de 1991 en el artículo 15 modificado por el Acto Legislativo Número 2 de 2003, se refiere directamente a la misma cuando indica que:

Artículo 15: "Todas las personas tienen derecho a la intimidad personal, familiar y a su buen nombre, y el Estado debe respetarlos y hacerlos respetar. De igual modo, tiene derecho a conocer, actualizar y rectificar las informaciones que se hayan recogido sobre ellas en

bancos de datos y en archivos de entidades públicas y privadas.

En la recolección, tratamiento y circulación de datos se respetará la libertad y demás garantías consagradas en la Constitución.

La correspondencia y demás formas de comunicación privada son inviolables. Sólo pueden ser interceptados o registrados mediante orden judicial, en los casos y con las formalidades que establezca la ley....”

En este artículo, vemos pues que se establece de manera amplia los contenidos de la intimidad, ya que vale resaltar que se refiere no solo a la misma en sus ámbitos tanto personal como familiar, sino que también se reconoce como derecho fundamental el control sobre las informaciones recabadas en los bancos de datos y la inviolabilidad de la correspondencia y de las comunicaciones.

La Constitución de Costa Rica de 1979, en el artículo 24 modificado por la Ley Nº 7607 de 29 de mayo de 1996 garantiza el derecho a la intimidad, al tenor señala:

Artículo 24: “Se garantiza el derecho a la intimidad, a la libertad y al secreto de las comunicaciones. Son inviolables los documentos privados y las comunicaciones escritas, orales o de cualquier tipo de los habitantes de la República....”

A diferencia del anterior se menciona solo el derecho a la intimidad sin entrar a diferenciar, como en el caso de Colombia, entre intimidad personal y familiar, igualmente se garantiza el derecho al secreto de las comunicaciones y de los documentos.

En este mismo sentido lo tienen reglamentado otras Constituciones Políticas como lo son la de Honduras de 1982, reformada por Decreto 36 de 2005, la cual en el artículo 76 establece lo concerniente al derecho a la intimidad, la de Ecuador de 1998 en el artículo 23 numeral 12 y la de Paraguay de 1992 en el artículo 33.

Nos parece interesante citar el artículo 33 de la Constitución del Perú de 1993, el cual en sus numerales 6 y 7 señala con respecto a la intimidad que:

Artículo 2: " Toda persona tiene derecho a:

- 1....
- 2....
- 3....
6. A que los servicios informáticos, computarizados o no, públicos o privados, no suministren informaciones que afecten la intimidad personal y familiar.
7. Al honor y a la buena reputación, a la intimidad personal y familiar así como a la voz y a la imágenes propias."

Llama la atención que en este artículo, el legislador peruano se refiere a la afectación que se produce a la intimidad mediante el uso de la informática o de los medios computarizados, lo que revela la preocupación existente frente a la vulnerabilidad de este derecho frente al desarrollo de la informática, redacción que no hemos encontrado en otros textos constitucionales.

En otras constituciones como la de Venezuela de 1999, la de El Salvador de 1983 reformada por el Decreto Legislativo N° 56 del 6 de julio de 2000, la de Guatemala de 1985, la de Argentina de 22 de agosto de 1994, la Boliviana de

1967 reformada en el 2002 y 2004 la de Uruguay de 1967 y de Republica Dominicana de 2002 por mencionar algunas se protege la intimidad en los mismos terminos que la Constitucion de nuestro pais es decir sin mencionarla de manera expresa pero manteniendo la proteccion de la inviolabilidad de los documentos el domicilio y de las comunicaciones

Otras como la Constituciones como la de Chile de 1989 y de Nicaragua de 1987 a diferencia de las anteriores en vez de utilizar la palabra intimidad se refieren a la misma como vida privada quizas utilizando el criterio que vida privada e intimidad son sinonimos

En Europa por su parte la mayoria de los paises de manera directa expresan en sus textos constitucionales la proteccion a la intimidad Asi por ejemplo el articulo 18 de la Constitucion Española de 1978 señala

Articulo 18

- 1 Se garantiza el derecho al honor a la intimidad personal y familiar y de la propia imagen
- 2 El domicilio es inviolable Ninguna entrada o registro podra hacerse en él sin consentimiento del titular o resolucio judicial salvo en caso de flagrante delito
- 3 Se garantiza el secreto de las comunicaciones y en especial de las postales telegraficas y telefonicas salvo resolucio judicial
- 4 La ley limitara el uso de la informatica para garantizar el honor y la intimidad personal de los ciudadanos y el pleno ejercicio de sus derechos

En un mismo articulo los españoles garantizan el derecho a la intimidad al igual que la inviolabilidad del domicilio el secreto de las comunicaciones en

general, pero lo interesante es la limitación a que se refiere frente al uso de la informática, a fin de no afectar el honor y la intimidad como derechos fundamentales.

A pesar de que en nuestro sistema constitucional como ya lo hemos comentado, siempre se han regulado derechos que preservan aquella esfera de intimidad del individuo a través de la inviolabilidad del domicilio, de las comunicaciones y de la correspondencia, se hace necesario contemplar para futuras reformas, su inclusión dentro de nuestro texto constitucional de manera expresa como uno más de los derechos fundamentales reconocidos a los ciudadanos.

B. La Intimidad en los Instrumentos Internacionales de Derechos Humanos

Cabe destacar que el derecho a la intimidad hoy en día, además de ser reconocido como un derecho fundamental, también es considerado como un derecho humano ya que lo que se protege básicamente es la dignidad humana que constituye de acuerdo a ARANGO DURLING "con toda razón, el verdadero fundamento o razón de los derechos humanos". (ARANGO DURLING, 2002, p. 18)

En este mismo sentido, NIKKEN afirma que "estos derechos y libertades son atributos de la persona humana, no son concesiones de la sociedad, y en consecuencia no pueden ser eliminados por decisiones gubernamentales, o por relativismo cultural". (NIKKEN En: ARANGO DURLING, 2002, p.18)

En consecuencia, el mismo está inserto como tal en los diversos instrumentos internacionales que en materia de derechos humanos se han suscrito, aunque debemos aclarar que la toma de conciencia jurídica a nivel internacional de la importancia que tiene para el hombre la salvaguardia de su derecho a la intimidad personal, es de reciente data.

Es así, que la primera vez que se formuló como tal no fue sino hasta la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre de 1948, aprobada por la IX Conferencia Internacional Americana, celebrada en Bogotá el 2 de mayo de 1948, la cual hace referencia a la intimidad en los artículos 5, 9 y 10 que a expresan que :

Artículo V. "Toda persona tiene derecho a la protección de la Ley contra los ataques abusivos a su honra, a su reputación y a su vida privada y familiar".

Artículo IX: "Toda persona tiene derecho a la inviolabilidad de su domicilio"

Artículo X "Toda persona tiene derecho a la inviolabilidad y circulación de su correspondencia".

Cabe resaltar, que este texto constituye el primer documento en materia de derechos humanos se refiere de manera expresa al respeto a la vida privada. Anterior a este, como lo comenta FARIÑAS MATONI, los únicos precedentes inmediatos e indirectos que podrían citarse lo son la Declaración de los derechos

de Virginia de 1776 y la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789. (FARIÑAS MATONI, Op. Cit., p. 257)

Posteriormente, la Declaración Universal de Derechos del Hombre, adoptada y proclama por la Asamblea General de la Organización de las Naciones Unidas por Resolución 217 A (III) de 10 de diciembre de 1948, dedicó su artículo 12 a la vida privada y señala que:

Artículo 12. "Nadie será objeto de injerencias arbitrarias en su vida privada, su familia, su domicilio o su correspondencia, ni de ataques a su honra o a su reputación. Toda persona tiene derecho a la protección de la Ley contra tales injerencias".

Vemos que a diferencia de la anterior, ya aquí se contempla la necesidad de que los Estados elaboren normas a fin de hacer efectiva la protección legal de la intimidad, además de que se aglutina en un mismo artículo la protección de la intimidad, la inviolabilidad del domicilio y el secreto de las comunicaciones. A su vez, observamos que en la misma disposición legal se hace referencia a la protección del honor. Si bien, ambas están interrelacionadas entre sí, vale aclarar que existe una diferencia entre las mismas, ya que por una parte en la intimidad lo que se protege es la exclusión del conocimiento de terceros de informaciones propias que solo le conciernen al sujeto y también las injerencias ilegales en la vida privada, en cambio con el honor lo que se protege es la opinión que los demás tienen sobre una persona en particular, es decir, su consideración social y su buen nombre.

Para REBOLLO DELGADO, la fórmula utilizada en ambos documentos es adecuada y se debe a que estos tienen una raíz en común que es el de proteger la dignidad de la persona. Lo que se persigue es diferenciar los dos ámbitos de protección, en cuanto el honor lo que se protege es el ámbito público ya que la fama y la honra opera hacia el exterior y con la intimidad lo que se salvaguarda es el ámbito privado, puesto que opera hacia el interior del individuo. (REBOLLO DELGADO, Op. Cit., p. 68)

De la misma forma el Pacto de Derechos Civiles y Políticos del 23 de marzo de 1976, suscrito por nuestro país mediante Ley N° 15 de 28 de octubre de 1976, en el artículo 17 hace mención del derecho a la intimidad e indica:

1. Nadie será objeto de injerencias arbitrarias o ilegales en su vida privada, su familia, su domicilio o su correspondencia, ni de ataques ilegales a su honra y reputación.
2. Toda persona tiene derecho a la protección de la ley contra esas injerencias o esos ataques.

Vemos, que el contenido de este artículo es casi idéntico al contenido del artículo 12 de la Declaración Universal de los Derechos del Hombre. Sin embargo, en este texto se añade la característica de ilegalidad para calificar las injerencias y los ataques contra la intimidad y la honra. Al respecto, en opinión de FARÍÑAS MATONI “el concepto arbitrario es más amplio de contenido que el concepto ilegal, pero éste segundo, al ser más específico, es mejor definidor de

las características que las injerencias deben revestir para ser reputadas como inadmisibles". (FARIÑAS MATONI, Op. Cit., p. 259)

La Convención Americana sobre Derechos Humanos (Pacto de San José, Costa Rica) suscrito el 22 de noviembre de 1969 y aprobada en Panamá mediante Ley N° 15 de 28 de octubre de 1977 en el artículo 11, siguiendo el mismo contenido de los anteriores, se refiere a la protección de la honra y de la dignidad de la siguiente manera:

1. Toda persona tiene derecho al respeto de su honra y al reconocimiento de su dignidad.
2. Nadie puede ser objeto de injerencias arbitrarias y abusivas en su vida privada, en la de su familia, en su domicilio o en su correspondencia, ni de ataques ilegales a su honra reputación.
3. Toda persona tiene derecho a la protección de la ley contra esas injerencias o esos ataques.

La Convención sobre los Derechos del Niño que entró en vigor el 2 de septiembre de 1990 y fue aprobada en nuestro país mediante Ley N° 15 de 6 de noviembre de 1990, reconoce al menor de edad la protección a su derecho a la intimidad, lo que deja en evidencia como lo hemos indicado, que su defensa parte del reconocimiento del respeto a la dignidad del ser humano. Es así que en el artículo 16 expresa:

1. Ningún niño será objeto de injerencias arbitrarias o ilegales en su vida privada, su familia, su domicilio o su correspondencia, ni de ataques ilegales a su honra y a su reputación.
2. El niño tiene derecho a la protección de la ley contra esas injerencias o ataques.

De este modo, podemos concluir que el derecho de la intimidad de acuerdo a cada uno de los documentos revisados, es considerado hoy por hoy un derecho humano esencial, el cual se fundamenta en el respeto a la dignidad de la persona, elemento primordial para el desarrollo de una vida plena sin injerencias o interferencias de otros.

IV. Tutela Penal y Naturaleza Jurídica de los Delitos contra la Intimidad

Bien jurídico es todo valor protegido penalmente por el legislador al sancionar a través de la ley penal, ya sea su lesión o bien su puesta en peligro.

A través de este, la ley protege valores fundamentales esenciales para garantizar la pacífica convivencia social y la vigencia del Estado de Derecho. Es así, que la intimidad constituye uno de los temas de estudio de actualidad dentro de la doctrina del derecho, debido a que los avances informáticos lo han convertido en uno de los bienes jurídicos más amenazado, que afecta al ser humano en su propia dignidad y el cual está desprovisto en la actualidad de una adecuada protección legal.

La intimidad, como se ha analizado está reconocida a nivel constitucional a través de la tutela de la inviolabilidad de las comunicaciones verbales, del domicilio y de la correspondencia. Esta tutela se extiende a nivel penal dentro del bien jurídico de la libertad, concepto en el que tradicionalmente se tutelaban las diferentes manifestaciones de este derecho. A continuación estudiaremos los diferentes criterios doctrinales que existen frente a este bien jurídico y como se

protege a la intimidad en nuestra legislación penal vigente (Código Penal de 1982) y en el Código Penal aprobado de 2007, así como también en el derecho comparado.

A. La Intimidad como Bien Jurídico Protegido

La legislación penal se desarrolla en base a la protección de determinados intereses sociales, los cuales el legislador pretende tutelar mediante la incriminación de ciertos comportamientos que pueden afectar el desarrollo de la vida en sociedad y sin lugar a dudas la paz social, a esto es a lo que se le denomina bien jurídico protegido.

Existen en la doctrina una variedad de definiciones, sin embargo, para los efectos del presente trabajo solo mencionaremos algunas. MUÑOZ POPE define el bien jurídico tutelado como “todo valor protegido penalmente por el legislador al sancionar su lesión o puesta en peligro”, comenta el referido autor que “el concepto de bien jurídico protegido se convierte así en la piedra angular del Derecho Penal, pues sólo deben ser descritos como delito aquellas conductas intolerables que implique ataques graves a la convivencia pacífica en sociedad”. (MUÑOZ POPE, 2000, p. 16)

ZAFFARONI, al precisar el concepto de bien jurídico protegido ha señalado que “bien jurídico penalmente tutelado es la relación de disponibilidad de un individuo con un objeto, protegido por el Estado, que revela su interés mediante la tipificación penal de las conductas que le afectan”. (ZAFFARONI, 1986, p.323)

SAINZ CANTERO, indica que “el objeto jurídico del delito es el bien que está protegido por el derecho, lo que la norma, mediante amenaza de la pena, tiende a tutelar de posibles agresiones”. (SAINZ CANTERO, 1985, p. 234)

El derecho a la intimidad es reconocido hoy en día en las legislaciones modernas, como un bien objeto de protección penal, lo que deviene a partir de su establecimiento como derecho fundamental, y su reconocimiento como derecho humano.

Anteriormente la intimidad, había tenido una protección penal muy restringida, toda vez que estaba protegida dentro del bien jurídico de la libertad, que como sabemos después de la vida como valor fundamental, ocupa el segundo lugar como derecho esencial del hombre, siendo su ámbito de protección limitado a los delitos contra la inviolabilidad del domicilio, de la correspondencia y de las comunicaciones.

Tradicionalmente, la intimidad fue considerada por la doctrina como parte de la libertad. BIDART CAMPOS al respecto, explica que la libertad se compone de cuatro aspectos fundamentales:

- “a) un status personal que depare al hombre la calidad de persona jurídica con capacidad de derecho
- b) un poder de disposición que, en uso de la libertad, sea susceptible de producir efectos jurídicamente relevantes.
- c) un área de intimidad donde la libertad inofensiva o neutra para terceros, quede inmunizada y sustraída a toda interferencia arbitraria del Estado

d) un principio básico a favor del hombre en el sentido de que todo lo que no está prohibido está permitido". (BIDART CAMPOS 1996 EN: UICICH, 1999, p. 29)

Ciertamente, hemos indicado, que en la intimidad está implícito un derecho de exclusión que consiste en no dar a conocer de nuestras vidas lo que no queremos que los demás sepan, un derecho de control sobre esa información que solo nos atañe a nosotros mismos o bien a nuestra familia tratándose ya no de una intimidad personal sino familiar, lo que definitivamente está ligado a la libertad.

Sin embargo, la tendencia moderna está orientada a establecer a la intimidad como un derecho fundamental como ya lo hemos precisado, y por ende, como un bien jurídico autónomo con protección propia, independiente al bien jurídico de la libertad, lo que de acuerdo a MORALES PRATS se produce cuando "el concepto de libertad personal se desliga definitivamente del derecho a la propiedad". (MORALES PRATS, Op. Cit., p. 121)

Esto encuentra su explicación en la evolución de la humanidad, ya que en épocas pasadas, la única forma de invadir en la vida privada de los demás era a través de la irrupción física en su domicilio, lugar en el que mayormente se desarrolla la vida privada o bien apoderándose de documentos pertenecientes a otros para conocer su contenido o de sus comunicaciones, vinculándose de esta forma los atentados contra a intimidad a la idea de libertad física.

Pero hoy en día, las condiciones de vida han ido evolucionando, ya que el desarrollo de la tecnología y de los medios informáticos ha permitido que a través de diversos mecanismos, se logre todo tipo de violaciones a la intimidad ya no de forma inmediata, como entrar al domicilio, violar la correspondencia u oír las conversaciones, cuyo conocimiento en la mayoría de los casos era inmediato y por tanto, la defensa jurídica era más fácil y viable con los instrumentos existentes, sino que se hace de manera imperceptible para el afectado por la acción.

La creación de cámaras fotográficas, sistemas sofisticados para interceptar comunicaciones, el desarrollo de las computadoras y la apertura del Internet hacen que cada día sea más fácil lograr acceder a la intimidad de los demás.

Por ello, en opinión de FERREIRA RUBIO, el supuesto de hecho previsto por las normas tradicionales ha sido reemplazado por otros, y esto genera la necesidad que el ordenamiento jurídico para cumplir con su objetivo de solución que es el proteger la vida privada, deba crear normas que contemplen los nuevos supuestos de hecho. (FERREIRA RUBIO, Op. Cit., p. 61)

GÓMEZ PAVON, en este mismo orden de ideas, es del criterio que "el remitir el objeto a la libertad humana no soluciona gran parte de los problemas, la libertad es un bien tutelado en la mayoría de los tipos penales, por consiguiente, es necesario avanzar más en su concreción. En este sentido, se considera como la esfera necesaria para que la personalidad adquiera su total desarrollo

(...) no se trataría de proteger la libertad, sino la parcela última". (GOMEZ PAVÓN. Op. Cit., p. 36)

Es así, que en las nuevas amenazas contra la intimidad, reside el factor desencadenante de la superación de la idea de la libertad física y la desvinculación de la misma al concepto de libertad personal. De allí, que la intimidad haya salido del ámbito de la libertad para convertirse en un derecho de tutela jurídica autónoma.

Ahora bien, es nuestra opinión que a pesar de la separación entre ambos bienes jurídicos, los mismos siguen estando interrelacionados entre sí, ya que no es que la intimidad haya dejado de ser una manifestación de la libertad, puesto como ya lo señaláramos, esta siempre va a llevar implícito la libertad de escoger, elegir, controlar información sobre nuestra vida privada, es decir, que lo que se pretende proteger con esta es la libertad en el desarrollo esa vida privada, pero que por su complejidad y vulnerabilidad, ante los avances de tipo tecnológico y las necesidades sociales latentes se hacía necesaria una protección jurídica más directa, amplia y efectiva.

La protección que se le da a este bien jurídico no es global ni absoluta, ya que la intimidad como se ha visto en el presente trabajo, contiene diversas facetas o manifestaciones del diario vivir, por lo que para el derecho penal solo son objeto de protección algunas de las manifestaciones o facetas de la

intimidad, siendo éstas obviamente las más relevantes para las personas e indudablemente se trata de las agresiones más intolerables contra ellas.

La intimidad es también un bien jurídico con carácter difuso y por tanto complejo, el cual aún no tiene un concepto definido de manera precisa y se encuentra en una constante evolución, ya que posee una necesidad frecuente de adaptación a las nuevas circunstancias sociales y tecnológicas. Frente a esta problemática y en base al principio de intervención mínima, el cual considera que el derecho penal es la *ultima ratio*, es decir, que ha de reservarse su aplicación para aquellos comportamientos que atenten mas gravemente contra determinados valores sociales, son objeto de protección penal de acuerdo al autor ROMEO CASABONA básicamente las siguientes manifestaciones de la intimidad:

- a. **La intimidad como manifestación de la personalidad en la vida privada:** la cual se refiere al ámbito de la intimidad que queda directa y exclusivamente reservado a la esfera del propio interesado (o de su familia), quien tiene en sus manos la decisión sobre la magnitud del ámbito protegido dentro de ciertos límites, como por ejemplo la inviolabilidad del domicilio y de la correspondencia.
- b. **La intimidad en su manifestación de confidencialidad compartida:** se trata aquí de aquel aspecto de la intimidad que es compartida con terceros en virtud de las relaciones interpersonales que lo facultan a acceder a dicha información, pero que por Ley están obligados a mantener su confidencialidad como por ejemplo, el secreto profesional.
- c. **La intimidad en relación con el procesamiento y comunicación de datos a través de las modernas tecnologías de la información y de la comunicación,** se centra en aquellos casos en que el afectado debe aportar información personal, privada o incluso reservada, y que por ello puede tener carácter íntimo, o bien debe permitir que sea archivada o procesada por terceros, aun cuando no haya sido suministrada por él,

pero en estos casos se le reconoce al individuo implicado una cierta capacidad de control y disposición sobre tal información, se puede ubicar aquí la inviolabilidad de las comunicaciones y datos archivados en soportes informáticos. (ROMEO CASABONA, 2004, p. 37-39)

1. La Intimidad en el Derecho Comparado

En el derecho comparado encontramos, que existen códigos penales que mantienen la corriente tradicional, es decir, que la incluyen como una manifestación de la libertad, este es el caso de Argentina que dentro del Título V que trata de los "Delitos contra la Libertad" contiene los delitos de violación al domicilio en el Capítulo II y violación del secreto en el Capítulo III dentro del cual están tipificados los delitos de violación de correspondencia, de las comunicaciones y el secreto profesional. Así mismo, el Código Penal de Bolivia de 1972 en el Título X que trata de los Delitos contra la Libertad mantiene los delitos de inviolabilidad del domicilio (Capítulo II) e inviolabilidad del secreto (Capítulo III), igualmente lo hacen las legislaciones penales de Perú (Código Penal de 1991), Guatemala (Código Penal de 1973) y Venezuela (Código Penal de 2000).

Existen otras, como la de Chile (Código Penal de 1874) y Cuba (Código Penal de 1987) que los desarrollan dentro de los Delitos contra las Garantías Individuales pero dentro del ámbito de la libertad como bien jurídico protegido.

En el caso de el Código Penal Colombiano de 2000, el legislador lo enmarca en el Título III denominado "Delitos contra la Libertad individual y otras Garantías" pero en el Capítulo VII los denomina como "De la Violación a la

intimidad, reserva e interceptación de las comunicaciones”, siendo pues el derecho a la intimidad un derecho fundamental reconocido por la Constitución Colombiana de 1991 de manera expresa, entonces se puede concluir que lo que se tutela es la intimidad.

Otras legislaciones más modernas sí establecen a la intimidad como un bien jurídico protegido independiente de la libertad, como es el caso del Código Español de 1995 que lo norma Título X bajo el título de los “Delitos contra la Intimidad, el Derecho a la Propia Imagen y la Inviolabilidad del Domicilio”, el Alemán de 1871 (reformado en 1998) en la Sección Decimoquinta que se denomina “Violación al ámbito de la intimidad personal y al ámbito del secreto personal”.

El Código Penal de Costa Rica de 1970, desarrolla en el Título VI los “Delitos contra el Ámbito de la Intimidad” y en la Sección I encuadra los delitos contra la violación de secretos y en la Sección II lo concerniente a la violación del domicilio.

Encontramos pues, que en el derecho comparado no existe una posición uniforme, ya que existen legislaciones que responden al criterio tradicional y las más modernas adoptan la concepción moderna de la intimidad como bien jurídico autónomo.

2. El Secreto como Elemento de la Intimidad

Ahora bien, una vez analizada la intimidad como bien jurídico protegido, creemos conveniente puntualizar, que como bien lo señaláramos al desarrollar el contenido de la intimidad, el secreto como tal hace parte de ella. De hecho, la doctrina ha destacado que la intimidad básicamente se proyecta en dos dimensiones a saber: como secreto de la vida privada y como libertad.

MOLINA ARRUBLA, indica que “concebida como secreto, atentan contra ella todas aquellas divulgaciones ilegítimas de acontecimientos propios de la misma. Concebida como libertad individual, trasciende y se realiza en el derecho de toda persona de tomar por sí sola las decisiones que conciernen a la esfera de su vida privada”. (MOLINA ARRUBLA, 1998, p. 122)

Es por ello, que en el presente trabajo, no podemos dejar de examinar al secreto como objeto de tutela penal, puesto que la intimidad es sin duda alguna el bien jurídico protegido, sin embargo, lo que realmente se protege a través de la norma penal, como ya lo veremos al momento de analizar el derecho nacional y el derecho comparado, básicamente lo es el secreto como contenido de la intimidad, o dicho de otro modo se trata de proteger la intimidad cuando se ve reflejada en secretos.

Por secreto de acuerdo a la Real Academia de la Lengua Española se entiende “lo oculto, ignorado”, “lo que cuidadosamente se tiene reservado y oculto”, o como “reserva o sigilo”, “conocimiento que exclusivamente alguno

posee de la virtud o propiedades de una cosa o de un procedimiento útil en medicina, arte u oficio". (DICCIONARIO ENCICLOPEDICO OCEANO UNO, 1990)

En materia penal también encontramos algunas definiciones. MOLINA ARRUBLA señala que secreto consiste en un hecho, pensamiento o, genéricamente, información, conocido por una persona que aspira a que el mismo no sea conocido por nadie más, o, en el extremo de los casos, sólo por un círculo reducido de personas". (MOLINA ARRUBLA, Op. Cit., p. 12)

Para ROMEO CASABONA por secreto se entiende "aquellos hechos o datos sobre los que la persona a la que le conciernen tiene la voluntad de mantenerlos ocultos al conocimiento de determinadas personas y compartirlos en reserva o confidencialidad con otras". (ROMEO CASABONA, Op. Cit., p. 66)

Por su parte, NUÑEZ conceptúa que secreto es "un hecho sabido sólo por un círculo limitado de personas, normalmente comunicado a estas por el interesado y respecto al cual el afectado no quiere que sea conocido por otros". (NUÑEZ, 1999, p. 143)

Lo importante aquí, es comprender que el secreto es la voluntad del titular de que ya sea de un hecho, acontecimiento, dato o información permanezcan fuera del conocimiento ajeno o bien que su conocimiento se limite a un número reducido de personas.

Para los efectos de la ley penal, será indiferente el contenido de ese secreto, es decir, si versa sobre hechos o acontecimiento lícitos o ilícitos, ya que de acuerdo a lo hasta aquí expuesto, lo que se protege a través de la intimidad es la reserva de un espacio fuera de las intromisiones o curiosidad ajena independientemente de cuál sea el contenido de ese espacio.

Sin embargo, se hace necesario establecer cuándo esa revelación del secreto cobra relevancia para el derecho penal, así pues, sólo será delito la revelación del secreto en aquellos casos en que con esa revelación se afecten intereses de terceros, o dicho de otra forma, cuando con su materialización se afecten, ofendan o desconozcan, derechos o intereses de una o varias personas. Como comenta MOLINA ARRUBLA "el problema no es tanto que una persona conozca lo que es materia de secreto, al menos en principio; y ni siquiera que haga uso de tal asunto sometido a reserva, sino que, con tal conocimiento y/o utilización de la materia que se encontraba sometida a la condición o carácter de secreto se lesionen, real o potencialmente, derechos o intereses de otro". (MOLINA ARRUBLA, Op. Cit., p. 15)

Para GOMEZ PAVÓN, el secreto protegido por el ordenamiento penal será aquel "referente a la vida íntima que su titular no quiere que se conozca (voluntad), y que reviste entidad de acuerdo con el objeto de protección de la norma (interés); el secreto sólo podrá ser relevante jurídico-penalmente cuando es adecuado para lesionar el derecho a la intimidad". (GÓMEZ PAVÓN, Op. Cit., p. 58)

De allí entonces, que en la mayoría de los códigos penales como veremos a continuación la protección legal del secreto se ha realizado frente a los siguientes aspectos como: la inviolabilidad del secreto domiciliario, inviolabilidad del secreto profesional, inviolabilidad del secreto de las telecomunicaciones, inviolabilidad del secreto contenido en documentos y la correspondencia, y más modernamente la inviolabilidad del secreto informático o banco de datos.

B. La Intimidad en la Legislación Penal de 1982 y en el Código Penal de 2007

Luego de establecer cómo se tutela penalmente la intimidad en otros países frente a la doctrina desarrollada al respecto, veamos cuál es la situación del bien jurídico de la intimidad en nuestra legislación penal actual y futura.

1. En el Código Penal de 1982.

El Código Penal de 1982, siguiendo la postura tradicional, la intimidad se protege bajo el bien jurídico de la libertad, en el Título II del Libro II, Capítulo VI bajo la denominación genérica "Delitos contra la inviolabilidad del Secreto".

Al respecto, GILL SUAZO comenta que "el rótulo que ha utilizado el legislador no es el más correcto por cuanto la reserva de las comunicaciones puede no contener necesariamente un secreto sino únicamente la disposición de que las mismas no se den a conocer a terceras personas, pero aún cuando ello sea así, su denominador común es que a veces puede haber interés en que no sean conocidas por el público...". (GILL SUAZO, 2003, p. 52)

Como lo sostuvimos al estudiar el secreto en materia penal, este constituye uno de los contenidos de la intimidad, si bien no todo lo secreto es íntimo al contrario todo lo íntimo es secreto y por ende, reservado. No podemos compartir la postura del autor antes citado, puesto que por naturaleza propia las comunicaciones se caracterizan por su privacidad, ya que en ellas participan un número limitado de personas, además a contrario de lo que este afirma, no es tanto que exista un interés que la información o asunto no sea conocida por terceros sino que con el conocimiento o utilización del asunto objeto de reserva, se lesionen realmente derechos o intereses de otro.

GUERRA DE VILLALAZ señala que la inviolabilidad del secreto “es un derecho asignado y reconocido a toda persona para que no se le afecte con la divulgación de hechos que pueden poner en peligro su libertad y el ámbito de su intimidad”, opinión que explica claramente la correlación existente entre libertad e intimidad. (GUERRA DE VILLALAZ, 2001, p. 63)

MUÑOZ POPE y ARANGO DURLING por su parte opinan que “si bien es cierto, en términos generales, se protege la libertad en cuanto a mantener la privacidad de la correspondencia, hoy en día el medio de protección es mucho mayor toda vez que también se protege la intimidad del sujeto...”. (MUÑOZ POPE y ARANGO DURLING, 1989, P. 162)

Por ello, consideramos que a futuro, no solo debe dársele un reconocimiento a la intimidad de manera expresa como derecho fundamental, sino que también, debe establecerse igualmente como bien jurídico protegido a nivel de la

regulación penal independiente de la idea de libertad, ya que modernamente este criterio ha sido superado por la doctrina, precisamente porque se considera que su campo de acción se ha extendido más allá de la libertad.

2. En el Código Penal de 2007

En la Ley N° 14 del 18 de mayo de 2007, que adopta un nuevo Código Penal, encontramos que se mantiene la ubicación de los delitos contra la intimidad dentro de los delitos contra la libertad, pero con la modificación del título ya que se les denomina como "Delitos contra la Inviolabilidad del Secreto y Derecho a la Intimidad" en el Título II (Delitos contra la Libertad), Capítulo III, manteniéndose la superada doctrina que la misma es una manifestación de la libertad.

A nuestro juicio esto último no constituye un avance, muy por el contrario, pone de manifiesto la no superación de la concepción tradicional de la esfera privada desarrollada dentro del criterio de la concepción negativa de la libertad, es decir, dentro de la idea de secreto del cual solo dimanaban facultades de exclusión del conocimiento de terceros, alejándose de la idea del ejercicio positivo de este derecho.

Consideramos que hubiese constituido un avance el haber creado un título denominado "De los Delitos contra la Intimidad" y ubicar dentro de este, todas las conductas lesivas a la intimidad documental y de las comunicaciones, así como también todo lo referente a las acciones que vulneren la llamada

intimidad informática, la cual la encontramos protegida bajo bienes jurídicos diferentes a la intimidad como lo veremos al analizar más adelante este texto legal.

C. Naturaleza Jurídica

Los delitos contra la intimidad son de mera actividad, puesto que la acción exigida por los distintos tipos penales, no requieren de la producción de un resultado específico.

La creación de estos tipos penales obedece, a que constitucionalmente se garantiza la inviolabilidad de la correspondencia y otros documentos privados o personales, señalando el legislador la necesidad de que exista un mandato judicial, expedido por autoridad competente a fin que se pueda invadir legalmente la intimidad documental de otro, de acuerdo a lo dispuesto por el artículo 29 de la Constitución Nacional. De la misma forma, el texto constitucional garantiza la inviolabilidad de las comunicaciones, requiriendo igualmente para su interceptación o grabación de una autorización judicial debidamente fundamentada y expedida de acuerdo a las exigencias señaladas en nuestra carta fundamental.

De allí pues, que se requiera a nivel penal la descripción de aquellas conductas que coadyuvan a salvaguardar la integridad en el ejercicio del derecho a la intimidad, precisamente para evitar la comisión de abusos y arbitrariedades al momento de interrumpir el goce de este derecho fundamental,

toda vez que la norma constitucional exige a los funcionarios el guardar absoluta reserva sobre los asuntos ajenos al objeto del examen o de la retención en el caso de la intimidad documental, la cual se deberá fundamentar en un fin específico debidamente motivado en la resolución que la ordene.

De no observarse lo anterior, no solo se configura la conducta típica, sino que a su vez de ser parte esta diligencia de una investigación penal, la falta de alguno de los requisitos exigidos por la Constitución, vician de nulidad la prueba, por lo que no podrá ser valorada como parte del proceso penal.

Igual ocurre con la violación de las comunicaciones, las cuales como lo citamos, de ser interceptadas sin haberse observado los requerimientos de Ley, no podrán utilizarse como pruebas en el proceso penal sin perjuicio de las responsabilidades penales en que incurra por quien ejecute el acto.

V. Consideraciones Finales

Hemos podido determinar, que evidentemente el concepto intimidad tiene sus orígenes en épocas muy antiguas y se ha ido desarrollando a la par de la evolución de la humanidad. Es así, que aún hoy en día no existe un criterio uniforme de lo que debemos entender por intimidad, así como tampoco existe una postura única sobre cuál es su contenido exacto, precisamente por su característica de ser un bien inmaterial.

Aún así no cabe la menor duda, que el mismo es de suma importancia para el ser humano, de ahí que se le conciba como un elemento vinculado a la dignidad del hombre, lo cual trajo como resultado su reconocimiento como uno de los derechos de la personalidad y por tanto, como derecho humano, por lo que lo encontramos inserto en los diferentes instrumentos internacionales que establecen los derechos reconocidos a todos los seres humanos.

Como consecuencia de lo anterior, deviene entonces su establecimiento como derecho fundamental por lo que lo podemos ubicarlo como tal en las diferentes Constituciones tanto latinoamericanas como europeas de manera expresa, exceptuando a nuestro país, el cual si bien reconoce manifestaciones de este derecho como lo son la inviolabilidad del domicilio, de las comunicaciones y de la correspondencia como derechos fundamentales, no lo establece aún de manera expresa y directa. A pesar de ello, la jurisprudencia desarrollada por nuestra Corte Suprema de Justicia sí lo ha reconocido como derecho fundamental en diferentes fallos en materia de hábeas data.

Todo lo anterior, ha traído como consecuencia que en materia penal, de la misma forma se le haya elevado a la categoría de bien jurídico protegido autónomo independiente de la libertad, toda vez que tradicionalmente las acciones lesivas a este derecho se desarrollaban bajo el amparo del bien protegido de la libertad, ya que se le concebía a este como una manifestación de aquella. Las legislaciones más actualizadas la desarrollan hoy en día de manera independiente, sin embargo, vemos que en la nuestra a pesar de que

pronto entrará en vigencia un nuevo Código Penal se mantiene la ya superada postura tradicional, ya que en el Código Penal de 2007 se mantiene a la libertad como bien jurídico protegido. modificándose únicamente su título como delitos contra la inviolabilidad del secreto y derecho a la intimidad, lo cual a nuestro juicio no constituye un avance, ya que pone de manifiesto la no superación del concepto negativo de la libertad no acogiendo por tanto, la idea del ejercicio positivo de este derecho.

SECCIÓN SEGUNDA: LOS DELITOS CONTRA LA INTIMIDAD DOCUMENTAL

I. Introducción

En el presente capítulo procederemos a realizar un análisis dogmático de los tipos penales que atentan contra la intimidad documental, específicamente los delitos de violación supresión y publicación indebida de correspondencia y el secreto profesional.

Este estudio se desarrollará en base a la teoría finalista del delito, según la cual a diferencia de la teoría causalista, que es la doctrina que sigue nuestro Código Penal actual, y que conceptuaba que el delito se divide en una parte objetiva y otra subjetiva, considera que el tipo penal es el que contiene una parte objetiva (tipo objetivo) que no es más que la descripción de la conducta típica y una parte subjetiva (tipo subjetivo) conformada por el dolo y la culpa. A su vez, frente a la culpabilidad refiere que está conformada por tres elementos

que son capacidad de culpabilidad (imputabilidad) conocimiento de la antijudicialidad y la no exigibilidad de otra conducta

II Los Delitos de Violación, Supresión y Publicación Indevida de Correspondencia

A Cuestiones comunes de estos delitos

La intimidad como ya lo precisamos puede desarrollarse en diferentes ambitos o en distintos medios siendo uno de ellos los documentos especificamente para este caso en particular lo es la correspondencia que constituye uno de los medios mediante el cual se desarrollan las relaciones ya sea entre amigos familiares o bien profesionales

La inviolabilidad de la correspondencia ha sido siempre considerada como uno de los aspectos fundamentales y basicos del derecho a la intimidad Esto es así ya que los documentos al igual que el resto de las comunicaciones han de ser preservadas de destinatarios que no son los propios y por eso deben ser protegidas contra cualquier injerencia que pueda producir daños tanto al remitente como al destinatario

El derecho a la inviolabilidad de la correspondencia y de los documentos constituye un derecho fundamental reconocido como tal en el artículo 29 de la Constitución Nacional en sus párrafos primero y segundo el cual a su vez contiene una excepción que es cuando se deba realizar algún registro a los mismos siempre y cuando sea ordenado por mandato de autoridad competente examen que deberá verificarse en presencia de los interesados y

se debera ordenar y practicar para fines especificos manteniendo la obligacion de reserva sobre los asuntos ajenos al objeto del examen

Por ello la ley penal protege la inviolabilidad de la correspondencia partiendo de la premisa que la informacion contenida en el mismo solo le concierne al remitente y al receptor de esa correspondencia

El presente analisis dogmatico dado pues que nuestroCodigo Penal contempla distintas conductas punibles frente a la inviolabilidad de la correspondencia lo efectuaremos de manera conjunta es decir identificaremos los elementos comunes en los tipos a analizar y frente a cada uno de los elementos integrantes del delito efectuaremos las diferencias que pueda existir entre una conducta y otra

Cabe senalar que los delitos estudiados en este Capitulo estan contenidos en los articulos 166 (**delito de violación de correspondencia**) 167 (**delito de supresión de correspondencia**) articulo 168 (**publicación indebida de correspondencia**) y articulo 170 sobre **secreto profesional**

1 El Bien juridico Protegido y el Objeto Material

Encontramos que estas conductas se encuentran en nuestra legislacion actual bajo el bien juridico de la libertad bien hemos senalado que el Codigo Penal de 1982 sigue la doctrina tradicional en la cual a la intimidad se le concebia como parte del ejercicio de la libertad postura que ha sido superada ya por las razones antes expuestas

Frente a la intimidad documental, se señala que lo que se protegía era la libertad de recibir la correspondencia sin ningún tipo de intromisión, o bien de que la misma siguiera el curso destinado. Modernamente, se ha concluido que más que proteger el libre desarrollo de la correspondencia lo que se protege es la información personal que en la misma se encuentra recogida, por tanto, las conductas que lesionan este derecho se recogen hoy en día en los cuerpos jurídicos modernos bajo la tutela del bien jurídico de la intimidad.

El objeto material u objeto de la acción, por su parte, es el ente del mundo exterior sobre el cual recae la acción delictiva. MUÑOZ POPE señala que el objeto material "está constituido por el ser animado o inanimado –persona o cosa (animal) sobre la que se realiza el movimiento corporal del autor que lleva a efecto una conducta típica en el círculo de los delitos a cuya descripción pertenece un resultado tangible". (MUÑOZ POPE, Op. Cit., p. 19)

Hemos señalado, al desarrollar lo concerniente a la intimidad como bien jurídico protegido que por ser este un derecho tan amplio y difuso, el derecho penal solo tutela algunas manifestaciones de la misma, pero básicamente lo que se pretende proteger es el contenido de la información a través de la tutela penal del secreto, aunque como lo analizaremos en su momento frente a ciertos tipos penales se consumará el delito aún cuando la información a la que se accede no tenga el carácter de secreto.

Partiendo de esta consideración a fin de delimitar correctamente nuestro trabajo de investigación examinaremos el objeto material que se presenta de acuerdo al tipo de intimidad de que se trate o dicho en otras palabras dentro de que cosa u objeto se desarrolla esa intimidad de la persona que va a constituir entonces el objeto material sobre el cual va a recaer la acción típica antijurídica y culpable que es en este caso específico frente a las conductas que analizamos la llamada intimidad documental

La intimidad de las personas puede desarrollarse a través de los documentos de hecho uno de los aspectos tutelados por la ley penal lo es la inviolabilidad del secreto contenido en los documentos ante distintas circunstancias como por ejemplo cuando se divulga la información que contiene o se conoce el contenido del mismo sin estar legitimado para ello se intercepte de manera ilegal solo por mencionar alguna de las modalidades

Por ello en la tutela de la intimidad documental por ende el documento dentro del cual se encuentre la información o dato relativos a la intimidad de la persona va a constituir el objeto material sobre el cual va a recaer la acción típica

Por documento se entiende en una acepción simple diploma carta u otro escrito que ilustra acerca de un hecho escrito donde se prueba una cosa (DICCIONARIO ENCICLOPEDICO OCEANO UNO 1990)

Nuestra legislación nacional en el artículo 832 del Texto Único del Código Judicial indica que

“Son documentos los escritos, escrituras, certificaciones, copias, impresos, planos, dibujos, cintas, cuadros, fotografías, radiografías, discos, grabaciones magnetofónicas, boletos, contraseñas, supones, etiquetas, sellos, telegramas, radiogramas y, en general, todo objeto mueble que tenga carácter representativo o declarativo y las inscripciones en lápidas, monumentos, edificios y similares.

Los documentos son públicos o privados”.

Constituyen documentos entonces, todos aquellos soportes físicos o más modernamente virtuales con capacidad de recoger, incorporar o reproducir hechos, datos, manifestaciones de voluntad que constituyan un secreto para alguien y afecten su intimidad o que sin ser secreto involucren su intimidad, es decir, que estos soportes deben contener aspectos que afecten indefectiblemente la intimidad de la personas.

La intimidad como ya lo establecimos, puede desarrollarse en diferentes ámbitos o en distintos medios, siendo uno de ellos los documentos, específicamente para este caso en particular lo es la correspondencia, que constituye uno de los medios mediante el cual se desarrollan las relaciones ya sea entre amigos, familiares o bien profesionales.

La inviolabilidad de la correspondencia ha sido siempre considerada como uno de los aspectos fundamentales y básicos del derecho a la intimidad. Esto es así, ya que los documentos al igual que el resto de las comunicaciones han de ser preservadas de destinatarios que no son los propios, y por eso deben ser

protegidas contra cualquier injerencia que pueda producir daños tanto al remitente como al destinatario.

El derecho a la inviolabilidad de la correspondencia y de los documentos constituye un derecho fundamental reconocido como tal en el artículo 29 de la Constitución Nacional, en sus párrafos primero y segundo, el cual a su vez, contiene una excepción que es cuando se deba realizar algún registro a los mismos, siempre y cuando sea ordenado por mandato de autoridad competente, examen que deberá verificarse en presencia de los interesados y se deberá ordenar y practicar para fines específicos, manteniendo la obligación de reserva sobre los asuntos ajenos al objeto del examen.

Por ello, la ley penal protege la inviolabilidad de la correspondencia partiendo de la premisa que la información contenida en el mismo solo le concierne al remitente y al receptor de esa correspondencia.

El objeto material de estos delitos es la correspondencia en general, así identificamos que son objeto material dentro de estos tipo penales en concreto las cartas, los pliegos cerrados, los despachos cablegráfico, los papeles y las grabaciones.

Cartas son “las comunicaciones escritas, dirigidas a un destinatario concreto, determinado y existente, de carácter personal, con comunicación de ideas, sentimientos, propósitos y noticias”. (ROMEO CASABONA, Op. Cit., p.79)

Un pliego cerrado es “el que está doblado sobre sí mismo, que bien puede ser por ejemplo: los memorandos u otros documentos que se pliegan y se cierran sobre si mismos por contacto o mediante adhesivos” y los despachos cablegráficos son los telegramas que generalmente se entregan cerrados. (SOLSONA, 1987, p. 99)

Frente a este objeto material, consideramos prudente realizar algunas observaciones, en primer lugar, si bien es cierto partimos de que un presupuesto del delito de violación de correspondencia lo es el que se encuentre cerrado el sobre, el pliego o el despacho cablegráfico al que se refiere la norma, los avances tecnológicos han introducido nuevos objetos que pueden entrar dentro de esta categoría como lo son los telefax y el teletexto, frente a los cuales el presupuesto al que nos hemos referido constituiría solo un indicio no excluyente, de la voluntad del remitente de guardar el secreto o mantener en reserva su contenido y por tanto, de que terceros que no sean el destinatario se abstengan de conocer lo que contiene.

En segundo lugar, no podemos dejar de cuestionar si a la luz de nuestro derecho positivo puede considerarse a los *e-mails* o correos electrónicos como carta o correspondencia. Vale resaltar con relación a este punto, que el legislador patrio señala “el que abra indebidamente una carta o pliego cerrado o despacho cablegráfico **o de otra naturaleza**, en nuestra opinión permite el referido tipo penal la inclusión de los correos electrónicos como objeto material del delito que analizamos, puesto que lo único que diferencia al *e-mail* de una

carta normal es el soporte físico en que se encuentra, ya que posee este igualmente un remitente y un destinatario, si bien es cierto, el legislador al momento de crear la norma quizás no la creó con este fin, a nuestro juicio la frase señalada, hace que por el momento de darse en la actualidad algún delito de esta clase pero con un correo electrónico, permite la aplicación del artículo 166 del Código Penal, lo que hace que la misma no sea atípica y por consiguiente que quede impune la acción ilícita.

CASTRO BONILLA señala que “las legislaciones modernas han incluido dentro de la inviolabilidad de la correspondencia la tutela de los *e-mails*, ampliando el concepto de “secreto” que antes estaba establecido para los papeles o cartas solamente, pues hoy en día se considera que los *e-mails* son un verdadero correo en versión actualizada y en tal sentido, la correspondencia y todo lo que por su conducto pueda ser transmitido o receptado, goza de la misma protección de las cartas”. (CASTRO BONILLA, 2003)

ROMEO CASABONA, señala que para los efectos penales, por mensajes de correo electrónico puede entenderse “una modalidad de comunicación, por lo general de carácter personal, que incorpora texto, voz, sonido o imagen y que se sirve de las redes telemáticas como tecnología de transmisión y de los sistemas informáticos (ordenadores y el software o sistema lógico correspondiente) como instrumentos de remisión y de recepción entre dos o más comunicantes y, en su caso, de almacenamiento de los mensajes”. (ROMEO CASABONA, Op. Cit., p. 80)

Ahora bien, para que se pueda configurar algunos de los delitos bajo estudio es menester que este mensaje de correo se trate de una comunicación personal, excluyéndose en estos casos los mensajes de carácter publicitario o comercial puesto que nada tienen que ver con la intimidad el sujeto.

Frente a este objeto material pueden presentarse diferentes modos de conocer su contenido, sin embargo, por ejemplo en el delito de violación de la correspondencia examinamos se requiere ejecutar la acción de abrir, para lo cual en el caso específico que nos ocupa la persona tendría que vulnerar los *passwords* consumándose así la conducta delictiva.

También prevé este tipo el imponerse de su contenido sin abrirlo valiéndose de medios técnicos, frente a esta situación que plantea la norma se puede presentar una nueva hipótesis, que sería si se configura el delito cuando el sujeto accede de manera directa a la visualización del contenido del mensaje electrónico, sin necesidad de vulnerar los *passwords* aprovechándose que la persona (sujeto pasivo) se descuida y deja abierta su carpeta de correo en el computador o aprovecha cualquier descuido que le permite acceder al mismo, y lo lee directamente de la pantalla o bien de no ser un mensaje de correo electrónico lee un documento dejado a la vista por un tercero sobre una mesa.

En ambos supuestos, consideramos que lo que se persigue es evitar que las personas accedan al conocimiento de la correspondencia de otro, por lo que a nuestro criterio, la conducta puede sancionarse bajo este tipo penal independientemente que en las situaciones antes planteadas no se utilicen

medios técnicos, eso si como lo veremos al analizar el tipo subjetivo, siempre y cuando el sujeto activo lo cometa con la intención probada de violar el secreto de otro y por ende, la intimidad causando con ello un perjuicio, sin embargo, sería aconsejable que se modificara este artículo y se sancionara el imponerse de su contenido a través de cualquier medio y no limitarlo a que sea por medios técnicos, lo que puede traer problemas de interpretación al momento de tener que aplicar la norma frente a situaciones concretas como la que planteamos.

Igualmente consideramos que la fórmula utilizada por el legislador al dejar abierto a través de la frase "o de otra naturaleza" es acertada, ya que permite poder incluir como objeto material de este delito otros que con características similares a la correspondencia, se vayan desarrollando a través de la tecnología moderna que de paso vale comentar se encuentra en constante evolución.

A diferencia del tipo penal de inviolabilidad de correspondencia, en el delito de supresión de correspondencia, el legislador al establecer el objeto material sobre el cual recae la conducta punible utilizó la palabra correspondencia que significa "relación epistolar entre dos personas" o "conjunto de cartas que se reciben o se expiden". (DICCIONARIO ENCICLOPÉDICO MEGA SIGLO XXI, 2001)

Pueden ser objeto material de este delito cualquier comunicación entre personas que tengan las característica de una carta, ya sea que se trate de un

fax, despacho cablegráfico, entre otros, tal y como se enuncian en el artículo 166 ya examinado.

GILL SUAZO comenta que “la correspondencia implica la utilización de un medio documental, pues de lo contrario no estaríamos frente a una correspondencia sino frente a una telecomunicación las que se particularizan porque el pensamiento se transmite en forma personal, directa e indirecta, en cambio, en la verdadera correspondencia, se hace de modo inmediato, por ejemplo un documento escrito, gráfico o verbal”. (GILL SUAZO, Op. Cit., p. 56)

De la misma forma, entran en este supuesto como objeto material los correos electrónicos, que como ya lo señalara posee las mismas características de cualquier correspondencia e igualmente es susceptible, aún con mayor facilidad por el soporte en que se encuentra, de ser interceptada o bien que de cualquier modo se evite que llegue a su destinatario.

Finalmente, el artículo 168, que se refiere al delito de publicación indebida de correspondencia, al describir la conducta delictiva hace referencia a que debe recaer sobre una correspondencia, grabaciones o papeles. Vemos entonces que con este artículo además de la correspondencia, son objetos materiales del delito también las grabaciones o papeles.

La norma hace alusión a los papeles, por lo que entendemos que puede versar sobre cualquier tipo de documento que por voluntad del propietario llegue a manos de otra persona. También se incluye como objeto material a las

grabaciones por las cuales se entiende registrar los sonidos por medio de un disco cinta magnetofonica etc de modo que se puedan reproducir” (DICCIONARIO MEGA SIGLO XXI 1990)

Ahora bien creemos conveniente aclarar que el contenido del documento sobre el cual recae este delito no es importante es decir que para los efectos del mismo no es determinante para que se configure el tipo objetivo cual sea su contenido En este sentido SOLSONA considera que en este delito no interesa que la correspondencia no contenga secretos pues lo protegido mediante esta figura es el derecho del remitente a que no se divulgue lo que comunica (SOLSONA Op Cit p 104)

MORALES PRATS en este mismo orden de ideas refiere que en este tipo de delitos lo que se protege mas que el contenido del documento lo es la voluntad del titular de excluir del conocimiento del mismo a los demas de alli entonces que aun cuando para otros la informacion revelada pareciera irrelevante lo cierto es que lesiona la intimidad con solo revelarla sin la autorizacion debida (MORALES PRATS Op Cit p 190)

Pareciera entonces que el criterio doctrinal es el de considerar que independientemente de la informacion que contenga el documento objeto del delito el solo hecho de publicarlos sin la respectiva autorizacion hace que se configure este tipo penal al lesionarse el derecho de exclusion que hace parte

del derecho a la intimidad que no exige que necesariamente la información sea secreta.

2. Los Sujetos de estos Delitos

El sujeto activo del delito es la persona humana que comete la acción prohibida por la Ley.

En los tipos penales bajo estudio, podemos observar que en su mayoría se trata de un sujeto activo común o indeterminado, es decir, que puede ser ejecutado por cualquier persona que no sea el destinatario de la comunicación, por lo que son delitos comunes, ya que en su articulado se hace la referencia a **"el que"** ejecute alguna de las acciones descritas en los distintos tipos penales.

Sin embargo, se agrava la pena en aquellos casos en los que quien comete la conducta típica, antijurídica y culpable lo sea un empleado de correos y telecomunicaciones o se trate de un trabajador de una empresa privada de comunicaciones sea esta nacional o extranjera, siendo necesario para la aplicación de la agravante que el sujeto activo tenga una cualidad especial.

Por su parte, por sujeto pasivo se entiende de acuerdo a MUÑOZ POPE "al titular del bien jurídico protegido", aunque como lo explica el referido autor no siempre el sujeto pasivo de la infracción es el afectado directamente por la conducta típica. (MUÑOZ POPE, Op. Cit., P.52)

En las normas bajo estudio, el sujeto pasivo lo es el destinatario de la correspondencia, así como también quien remite la misma, ya que este es el titular del secreto o dato íntimo en sí, y del soporte físico en el que se encuentran recogidos (carta o correspondencia).

De la misma forma, se considera como sujeto pasivo del delito a cualquier otra persona que en caso que se de la divulgación del contenido, se vea perjudicada con esa divulgación, tal y como lo establecen las normas al establecer la agravante cuando se ejecute esta acción.

En el delito de publicación indebida de correspondencia pueden ser sujetos pasivos en ciertos casos tanto el remitente como el destinatario, como por ejemplo cuando el destinatario le de una correspondencia suya a un tercero, y sea este tercero quien la haga pública.

3. Tipo Subjetivo

El tipo penal a la luz de la teoría finalista, no está compuesto solo de elementos objetivos tendientes a describir la conducta prohibida, puesto que la acción u omisión a la que se refiere, se rige siempre por la voluntad del sujeto que comete el hecho, es por ello que esta teoría del delito establece que el contenido de esa voluntad está incluida en el tipo, el cual tiene una parte objetiva (elementos de naturaleza objetiva que caracterizan la acción típica) como una subjetiva dentro de la cual se ubica el dolo y la culpa.

El dolo, como bien sabemos, es la voluntad adquirida de manera consciente de realizar el tipo objetivo de un delito. El artículo 31 del Código Penal señala que obra con dolo "quien quiere la realización del hecho legalmente descrito, así como quien lo acepta, previéndolo por lo menos como posible".

Los tipos penales que analizamos son delitos dolosos, en los que se requiere que el sujeto actúe con el ánimo consciente de vulnerar la intimidad del remitente o destinatario de la correspondencia sea esta una carta, despacho cablegráfico, pliego cerrado, grabaciones, correspondencia, papeles u otros.

RUIZ MARCO comenta con relación al delito de inviolabilidad de correspondencia que "la conducta debe ejecutarse con la finalidad específica de descubrir los secretos o vulnerar la intimidad (elemento subjetivo de lo injusto), si bien al tratarse de una finalidad, el tipo no requiere para su consumación el descubrimiento efectivo y consecuentemente, no se exige la vulneración material de la intimidad, basta la intención (el *animus scienci*). (RUIZ MARCO, Op. Cit., p. 55)

BUOMPADRE al comentar la legislación argentina con relación al mismo tipo penal expresa que "el delito es doloso.... la infracción se consuma cuando se abre la correspondencia, aún cuando posteriormente se vuelva a cerrar...". (BUOMPADRE, 1999, p. 190)

Para SOLSONA, este constituye un delito doloso concluyendo que el dolo consiste en "saber que no se tiene derecho a la apertura y abrir igual". (SOLSONA, Op. Cit., p. 99)

Por su parte, en el delito de supresión de correspondencia el dolo consiste en que el sujeto activo debe tener la voluntad de querer evitar que la correspondencia llegue a manos de su legítimo destinatario, realizando cualquiera de las acciones descritas en la norma con el ánimo de vulnerar su intimidad.

En el delito de publicación indebida de correspondencia, el dolo consiste en que la persona que realiza la acción de publicar, lo hace a sabiendas que ejecuta el hecho sin estar debidamente autorizado para ello, o sea con conocimiento y voluntad de lo anterior.

La comisión por imprudencia no está contemplada en el Código Penal para ninguno de los tipos penales bajo análisis, por lo que no resulta punible a la luz de lo que expresa el artículo 30, el cual señala que los delitos culposos deben ser expresamente señalados por la Ley.

La impunidad de la imprudencia tendrá relevancia para los casos de error de tipo como lo veremos a continuación.

El error en materia penal de acuerdo a GONZALEZ HERRERA “supone la carencia parcial o total de conocimiento sobre la ilicitud de la conducta que la ley penal establece como delito”. (GONZALEZ HERRERA y Otros, 2004, p. 29)

ARANGO DURLING indica que el error “...siempre supone una falta de coincidencia entre la representación de los hechos delictivos o de su significado antijurídico y de la realidad”. (ARANGO DURLING, 1998, p. 32)

En el caso específico del error de tipo, el sujeto yerra sobre alguno de los elementos del tipo penal, lo que de acuerdo a la teoría finalista del delito excluye el dolo y por tanto, no configurará el tipo subjetivo, así pues, si un sujeto en el caso del delito de inviolabilidad de correspondencia abre una correspondencia creyendo que es de su propiedad, se configura el llamado error de tipo, toda vez que el mismo obró sin dolo ya que erró al creer suya la correspondencia, por tanto al no existir dolo en su actuar, por no tener la intención de vulnerar la intimidad de otro, ello hace que la conducta se atípica, de ser el error invencible la conducta no puede ser sancionada por atipicidad (ausencia de dolo – tipo subjetivo), y si fuese vencible tendría que sancionarse a nivel culposo, pero al no estar esto establecido como tal expresamente por la ley penal panameña la conducta será igualmente impune.

Ahora bien, si la persona abre la carta de otro pensando que no contiene ninguna información relevante sobre la intimidad, podría igualmente constituir un error de tipo, ya que no existe la intención de vulnerar los secretos de otros, lo

que traeria como resultado a semejanza del supuesto anterior que la conducta quede impune se trate ya sea de un error de tipo vencible o invencible aunque como bien lo hemos precisado el delito se consuma con solo abrir la carta de otro lo que de por si se considera como una vulneracion a la intimidad todo dependera entonces del caso en particular que se trate

En lo que respecta al error de tipo en los delitos de supresion de la correspondencia se puede dar cuando el sujeto activo intercepte una correspondencia pensandola suya errando en este caso en particular en unos de los elementos del tipo objetivo lo que indudablemente incide el tipo subjetivo que haria que su actuar fuera atipico al no existir el dolo de tratarse de un error de tipo invencible de ser vencible frente a nuestro derecho positivo la conducta igualmente seria impune al no preverse su comision en forma culposa

Asi también puede plantarse el caso del extravio de una carta sin tener la voluntad real de hacerlo es decir que puede suceder de manera accidental lo que igualmente podria ubicarse como un error de tipo con las consecuencias ya expuestas

En el delito de publicacion indebida de correspondencia el error de tipo podria tener lugar en el supuesto de que el sujeto activo tenga desconocimiento sobre la prohibicion de hacerlo publico por parte del interesado en este caso se estaria ante un error de tipo que de ser invencible elimina la conducta dolosa y por ende no se configuraria el tipo penal al faltar la parte subjetiva del mismo lo

que hace la conducta atípica, de ser vencible debiera ser sancionada a título culposo de acuerdo a las reglas generales pero al no existir esa posibilidad en nuestro derecho positivo, la conducta sería igualmente atípica.

4. Las Formas de Aparición Delictiva

Autor de un delito es la persona que comete o ejecuta el hecho descrito como delito por la ley penal. Para MUÑOZ CONDE autor sería "el anónimo "el que" o "quien" que en cada tipo de la parte especial se menciona", explicando a su vez que la doctrina moderna hoy en día concibe que el concepto de autor debe deducirse directamente de cada tipo delictivo concreto. (MUÑOZ CONDE, Op. Cit., P. 154)

MUÑOZ POPE por su parte, refiere que existió en la doctrina dos posiciones encontradas con relación al concepto de autor, sin embargo, en la actualidad se ha elaborado un concepto final de autor, el cual es hoy en día ampliamente aceptado, así pues según la teoría finalista "autor del injusto doloso es aquel que tiene el dominio del hecho típico y autor del injusto culposo es aquel que causa el resultado previsto en la norma, por la infracción del deber de cuidado". (MUÑOZ POPE, Op. Cit., p.173)

Realizadas las consideraciones anteriores, en el delito de violación de correspondencia, autor del delito lo será el que abra indebidamente la carta y demás objetos materiales mencionados en el artículo 166 del Código Penal o bien aquel que conoce su contenido por medios técnicos que le permitan lo

anterior sin necesidad de abrirla. De la misma forma sucede en el delito de supresión de correspondencia.

En el caso específico del delito de publicación indebida de correspondencia será autor quien publique la correspondencia grabación o papel sin autorización sea del remitente o la persona a quien se le haya entregado aun cuando le sea dirigida a este. Vale indicar al respecto que lo puede ser tanto el destinatario o quien tenga en su poder la correspondencia siempre y cuando la haya obtenido de forma legítima sin que este destinada a la publicidad.

La participación criminal puede darse en todos los delitos ya sea en su modalidad primaria o secundaria o de instigador de acuerdo a los parámetros señalados en los artículos 39 y 40 del Código Penal igualmente admite la autoría mediata.

En lo que respecta a la tentativa consideramos conveniente precisar algunos aspectos establecidos en la doctrina. Es así que antes de consumarse la realización del hecho delictivo el sujeto activo realiza una serie de tareas para alcanzar el fin propuesto a esto es a lo que se denomina el *iter criminis* que en opinión de BUSTOS RAMÍREZ citado por ARANGO DURLING el *iter criminis* supone la investigación de las fases por la que atraviesa el delito desde la IDEACIÓN hasta su agotamiento (BUSTOS RAMÍREZ En ARANGO DURLING 2001 p 17).

Se distingue entre una fase interna y otra externa aunque hay quienes a su vez indican la existencia de una fase intermedia. Lo cierto es que no todas las fases del llamado *iter criminis* son relevantes para el derecho penal ya que por ejemplo la sola decisión de infringir la ley penal no tiene consecuencia penal alguna mas sin embargo es la consumación del hecho lo que va a concluir con la aplicación de una pena señalada en la ley al agente que comete el hecho típico antijurídico y culpable.

Ahora bien entre estos momentos se realizan actos preparatorios y ejecutivos del delito siendo los primeros irrelevantes para la imposición de una pena. Dentro de los actos ejecutivos del delito se ubica a la tentativa la cual está normada en el artículo 44 del Código Penal que señala que habrá tentativa cuando el sujeto activo realiza todos los actos para consumar el hecho pero por causas ajenas a su voluntad este no se llega a concretar.

En el caso del delito de violación de correspondencia este quedará consumado cuando la persona abre indebidamente la correspondencia o bien cuando se impone de su contenido por medios técnicos.

MUNOZ POPE y ARANGO DURLING son del criterio que la norma no requiere ningún resultado determinado pues basta que el agente realice una u otra modalidad para la consumación (MUNOZ PÒPE y ARANGO DURLING Op Cit p 169)

Basandonos en la opinion antes citada somos del criterio que el delito de violacion de correspondencia asi como los demas tipos analizados son delitos de mera conducta que como lo explica LUZON PEÑA en estos delitos el tipo solo requiere una determinada conducta activa o pasiva sin necesidad de un ulterior resultado distinto de aquella (LUZON PEÑA 1995 p 306)

De acuerdo al autor citado este tipo de delitos admite la tentativa postura que compartimos puesto que previo a cometer la accion de abrir o de imponerse del contenido a traves de medios tecnicos como lo exige la norma en el caso de la violacion de correspondencia debe el sujeto activo realizar una sene de actos como por ejemplo el apoderamiento del documento o en el caso de de mensajes de correo electronico debe tratar de acceder primero a la bandeja de mensajes lapso en el cual puede llegar a ser descubierto pudiendose aplicar en estos supuestos la figura de la tentativa

En cuanto al delito de supresion de la correspondencia este quedara consumado cuando la persona realice algunas de las acciones descritas en el tipo penal (sustraer destruir sustituir ocultar extraviar o interceptar) a su vez admite la tentativa sin embargo aqui cabe comentar lo que advertimos en nuestro analisis con relacion a la multiplicidad de acciones referidas por el legislador

Al existir una variedad de acciones mediante las cuales se consuma el delito bajo estudio, ello trae como consecuencia que al momento de establecer la conducta tentada se puedan presentar problemas de interpretación.

En este sentido MUÑOZ POPE y ARANGO DURLING señalan que esto “ocurre, por ejemplo, en la conducta de “ocultar”, pues el sujeto que tiene en su poder la correspondencia dirigida a otro con el propósito de ocultarla, ya la ha “interceptado”, con lo cual el delito queda consumado”. (MUÑOZ POPE y ARANGO DURLING, Op. Cit., p. 176)

Inclusive, pudiera darse un conflicto entre el tipo penal de violación de correspondencia contenido en el artículo 166 del Código Penal con el artículo bajo estudio, ya que para abrir una carta el sujeto activo previamente debe apoderarse de la misma o bien sustraerla u ocultarla, lo que hace que se consume este tipo penal. Es por ello, y frente a estos problemas que en la práctica pudieran presentarse que lo más recomendable sería simplificar la redacción de estas normas señalando como tipo base el interceptar la correspondencia e ir agravando la conducta en caso de abrirla, imponerse de su contenido, extraviarla o divulgarla.

El delito de publicación indebida por su parte, se consuma en el momento en que el sujeto que posee legítimamente la correspondencia, grabación o papeles, sin la debida autorización los hace públicos, que como lo señaláramos no requiere que efectivamente con este actuar, cause un perjuicio efectivo sobre el

sujeto pasivo sino que basta que pudiera ocasionarlo Así como tampoco requiere que se publique todo el documento basta que se haga de conocimiento aunque sea una parte de ellos

Nos parece oportuno senalar que la publicacion puede ser directa o indirecta es decir que puede ser realizada por el mismo agente (directa) o bien hacer entrega del documento a fin que sea publicada por otro (indirecta)

Así como en los anteriores delitos analizados este delito admite la tentativa siempre que existan actos que demuestren que la persona tenia la intencion del cometer el delito bajo examen

5 Antijuridicidad y la Culpabilidad

Una vez establecida la tipicidad de la conducta corresponde a fin de postenormente acreditar la responsabilidad penal determinar si esta es antijuridica o contrana a derecho para luego examinar lo concerniente a la culpabilidad

5 1 Antijuridicidad

De acuerdo a MUÑOZ CONDE el término antijuridicidad expresa la contradicción entre la acción realizada y las exigencias del ordenamiento juridico Sigue comentando el citado autor que la antijuridicidad a diferencia de lo que sucede con otras categorias del delito no es un concepto especifico del derecho penal sino un concepto unitano valido para todo el ordenamiento

juridico aunque tenga consecuencias distintas en cada rama del mismo
(MUÑOZ CONDE Op Cit p 65)

Así pues se puede afirmar que toda conducta típica se presume antijurídica salvo que la persona haya actuado amparada por una causa de justificación reconocida por la Ley lo que eliminaría lo antijurídico de su actuar de ahí que se afirme que la tipicidad tiene una función indiciaria con relación a la antijuridicidad

Nuestro Código reconoce como causas de justificación la legítima defensa el cumplimiento de un deber el ejercicio legal de un derecho y el estado de necesidad justificante

Frente a las normas que analizamos es nuestra opinión que pueden invocarse cada una de las causas de justificación que contempla nuestra legislación dependiendo de cada caso en particular

De este modo y a manera de ejemplo si por alguna circunstancia un miembro de la policía se ve en la necesidad de abrir la correspondencia de otro o imponerse de su contenido por medios técnicos en los términos que señala la Ley actuara amparado bajo el cumplimiento de un deber como justificante de su acción sin embargo consideramos que si realiza la divulgación del contenido no se podría justificar su actuar toda vez que legalmente tiene el deber de guardar la reserva de su contenido

Lo anterior es aplicable de la misma forma en el delito de supresión de correspondencia, siempre y cuando la acción se ejecute en todos los casos, con observancia de lo normado en el artículo 29 de nuestra Constitución Nacional, el cual dispone que no se podrá retener la correspondencia salvo en los casos en que exista una orden judicial para ello.

Conviene señalar, que no debemos apartarnos del hecho de que existe una exigencia a nivel constitucional, la cual debe ser observada por los funcionarios públicos a cuyo cargo esté el realizar este tipo de diligencias, por lo que es discutible, si pudiera invocarse o no una causa de justificación ante la comisión de la acción típica, sin cumplir con los requisitos que exige la Constitución Nacional.

En lo que corresponde al ejercicio legítimo de un derecho, la situación que se plantea frente a esta causal de justificación es interesante. Consideramos que puede invocarse la misma, en aquellos supuestos en que el padre o madre de familia en ejercicio de la patria potestad abra la carta dirigida a su hijo o bien acceda a la cuenta de correo electrónico del mismo, lo intercepte o publique, ya que le asiste al padre el llamado derecho de corrección reconocido como uno de los derechos que emanan del ejercicio de la patria potestad, siempre y cuando la acción típica sea ejecutada con finalidades educativas. En este sentido es atinado el comentario de HIGUERA GUIMERÁ quien al respecto señala que “a mi juicio para poder aplicar esta causa de justificación los padres han de actuar realmente con el ánimo de corregir a sus hijos menores de 18 años no

emancipados (lo mismo los tutores en relacion con sus pupilos) y ademas de ello el apoderamiento de los papeles las cartas los documentos los correos electronicos etc ha de ser necesano proporcionado y adecuado al fin correccional de lo contrano no se podra aplicar o se aplicaria esta causa de justificacion incompleta el ánimo de corregir constituye un elemento esencial de esta causa de justificacion (HIGUERA GUIMERA 2002 p 7)

Cabe señalar que lo anterior tiene lugar aun cuando la Convención sobre los Derechos del Niño y el Código de la Familia de 1995 le reconozca a los menores de edad el derecho a la intimidad como derecho fundamental pero si quisieramos aclarar que todo va a depender de cada caso en particular y por ende le correspondera al juzgador en base a las reglas generales establecer cual es el interes preponderante

Nos parece oportuno analizar igualmente si se podria justificar a través de una de las causales de justificacion que nuestra Ley penal contempla el que un empleador intercepte o bien accese la cuenta de correo electronico que la empresa le asigna al trabajador para realizar sus funciones ya que pudiera darse casos en que exista sospecha que el trabajador comete delitos utilizando la cuenta de correo electronico proporcionada por la empresa o bien se requiera interceptar la cuenta de correo a fin de encontrar pruebas que permitan

Actualmente tanto en Europa como en Estados Unidos se discute si lo anterior constituye una violación a la intimidad o no. Por una parte hay quienes sostienen que esta conducta del empleador no vulnera la intimidad del trabajador puesto que por el poder de dirección que debe ejercer el mismo para vigilar el buen funcionamiento de la empresa y dado a que tanto el ordenador como los programas son de propiedad de la organización empresarial el uso del correo electrónico ha de quedar fuera de toda actividad propia de la intimidad del trabajador. Así pues el empresario puede tomar las medidas que mejor crea convenientes para verificar el cumplimiento por parte de los trabajadores de sus obligaciones y deberes laborales (SUAREZ SANCHEZ 2003 p 3)

Por otro lado hay otros que consideran que esta acción si vulnera la intimidad del trabajador ya que si bien el empleador puede controlar la conducta de sus empleados dentro de la empresa ello lo podrá realizar siempre y cuando no vulnere derechos fundamentales reconocidos al mismo como lo es el derecho a la intimidad.

En Francia frente a un caso similar el Tribunal Supremo dictaminó que constituye una violación del secreto de la correspondencia que un empresario abra el correo electrónico de sus empleados explicando que un empresario no puede tener conocimiento de los mensajes personales enviados por un trabajador y recibidos por este a través de su útil informático puesto a su disposición para su trabajo sin violar el secreto de correspondencia aunque

éste haya prohibido la utilización no profesional del ordenador. El Tribunal estimó que el trabajador tiene derecho, incluso en su tiempo y lugar de trabajo, el respeto de su intimidad y su vida privada". (JULIO DE 2003)

Para RUIZ MARCO, no se puede obviar que frente a una situación como la planteada lo que se da es un conflicto de derechos, ya que por un lado está el poder de dirección que posee toda empresa a fin de vigilar el buen desempeño de sus trabajadores que implica la vigilancia del buen uso de las herramientas que esta le da para el ejercicio de sus labores, y por el otro, encontramos que le asiste al trabajador el derecho a la no vulneración de su intimidad que implica la inviolabilidad de su correspondencia y demás comunicaciones. (RUIZ MARCO, Op. Cit., p. 59)

Para el referido autor, debe existir un equilibrio y "compatibilizar la salvaguarda de los derechos fundamentales en juego con las necesidades de funcionamiento y productividad de la empresa". (RUIZ MARCO, Su Cit., p. 58)

ROMEO CASABONA, es del criterio que frente a situaciones como las planteadas, de existir sospecha que la cuenta se utiliza para la comisión de delitos (transmisión de pornografía infantil, mensajes xenófobos, etc.) "deberá ser la autoridad judicial quien tome la decisión de autorizar la intervención de esta correspondencia o comunicación", en lo concerniente a la interceptación de los mensajes, lo anterior deberá realizarse de acuerdo a las normas que para tal efecto haya elaborado y pactado la empresa con el trabajador". (ROMEO CASABONA, Op. Cit., p. 136)

Somos de la opinión que la conclusión a la que arribó el Tribunal Francés es la más adecuada puesto que la intimidad y por ende, la inviolabilidad de la correspondencia como manifestación de aquella, están amparadas por una norma de carácter constitucional, y consagrada como un derecho fundamental y de ninguna manera y bajo ninguna circunstancia puede justificarse de ningún tipo de intromisión y vulneración a este derecho fundamental.

Por último, debemos referirnos al papel que juega el consentimiento del ofendido en lo que respecta a la comisión de los delitos que analizamos. Cabe señalar que no existe en la doctrina una postura unánime respecto a este fenómeno, ya que si bien la mayoría de los autores está de acuerdo en que es la autonomía de la voluntad lo que lo fundamenta, la discusión se ha centrado sobre el punto de saber en qué lugar de la teoría del delito debe colocársele. Así para algunos, el consentimiento del ofendido constituye una causa de atipicidad puesto que consideran que todos los tipos penales parten de la premisa que se cometen en contra de la voluntad del sujeto pasivo, y para otros constituye el consentimiento una causa de antijuridicidad, es decir, que subsiste la tipicidad de la conducta.

La doctrina mayoritaria la coloca como una causa de justificación. CASTILLO GONZÁLEZ explica que "el consentimiento del derecho-habiente es una causa de justificación que reposa sobre la renuncia a la tutela penal que hace el derecho-habiente para el caso en concreto". (CASTILLO, 1998, p. 52)

Ahora bien esto solo tendrá lugar cuando se trate de bienes jurídicos disponibles siendo esto así perfectamente puede operar el consentimiento del ofendido como justificante en los tipos penales bajo estudio. Así por ejemplo se excluiría la tipicidad cuando alguien le indica a otro que le abra una carta u otro documento autorizándolo a que lo lea en este caso se incurre en el tipo pero de forma lícita.

5.2 Culpabilidad

La culpabilidad para la teoría finalista del delito no está conformada por el dolo o la culpa pues ello es objeto de examen en la tipicidad. Por el contrario se concibe que actúa culpablemente quien comete un acto antijurídico pudiendo actuar de un modo distinto es decir conforme a derecho (MUÑOZ CONDE Op. Cit. p. 99).

Como lo comenta MOJICA AGUILAR la teoría finalista rompe el esquema tradicional según el cual el dolo y la culpa forman parte de la culpabilidad para trasladarlas al tipo penal por lo que la culpabilidad que sigue siendo un juicio de reproche tendrá como elementos la capacidad de culpabilidad, el conocimiento de la antijuridicidad y la no exigibilidad de otra conducta (MOJICA AGUILAR Y OTROS 2004 p. 3).

Como en todo delito se debe constatar ante todo que la persona haya actuado de manera consciente es decir que tenga las facultades síquicas y físicas mínimas requeridas para poder ser motivado en sus actos por los

mandatos de ley lo que quiere decir que no se encuentre en alguno de los estados de inimputabilidad. La capacidad de culpabilidad opera como una presunción de acuerdo a lo dispuesto en el artículo 23 del Código Penal.

El segundo elemento integrante de la culpabilidad lo es el conocimiento de la antijuridicidad. Para explicar este elemento debemos partir del concepto finalista de culpabilidad. Así pues, GÓMEZ LOPEZ señala que si la culpabilidad se fundamenta en la posibilidad que tiene el hombre para auto determinarse o motivarse según la norma, resulta lógico que para que pudiera motivarse de acuerdo a la misma, el sujeto haya tenido la posibilidad de conocer el carácter prohibido de la acción o sea la antijuridicidad, pues solo bajo esta condición es posible exigirle obrara de acuerdo a la norma. (GÓMEZ LOPEZ 1996 p. 608)

De ahí que el conocimiento de la antijuridicidad suponga que el autor de un delito en el momento de la ejecución del hecho deba comprender que la conducta que está realizando es contraria a derecho.

Por ende, el autor va a ser culpable solo si al momento del acto tenía la posibilidad real de conocer lo ilícito de su actuar. De lo contrario, no se le puede culpar dado que no conocía la ilicitud de su conducta.

El anverso de este elemento de la culpabilidad lo es el llamado error de prohibición. ARANGO DURLING señala que es cuando el sujeto sabe lo que está haciendo pero cree que su conducta no está prohibida en la ley. Es decir, piensa que no existe norma que castiga el hecho que está realizando. Piensa

que puede estar actuando bajo una causa de justificación, piensa que la norma está derogada o modificada". (ARANGO DURLING, 1998. p. 66)

Son entonces, dos supuestos básicos en los que se puede verificar el error de prohibición, el primero lo sería cuando el sujeto desconoce que la conducta está prohibida por la ley, en el segundo el autor conoce la prohibición pero cree que en el caso concreto actúa amparado por una causa de justificación.

Frente a esta clase de error, en nuestro país ocurre una situación especial, por cuanto, de acuerdo al artículo 6 del Código Penal vigente que como lo hemos señalado es de corte causalista "el desconocimiento de la ley no exime de responsabilidad al que la infringe", tomando en cuenta que este error recae sobre el conocimiento que tiene el sujeto sobre la misma prohibición, entonces de acuerdo al sistema actual el mismo no surte consecuencia alguna a nivel penal.

En caso contrario, de existir la posibilidad a futuro de que se pueda reconocer este tipo de error, ello traería como consecuencia que la conducta realizada fuera típica, antijurídica mas no culpable cuando se trate de un error de prohibición invencible ya que faltaría uno de los elementos en el que se basa el juicio de reproche, por el contrario de ser vencible la conducta sería punible pero en forma atenuada.

El último elemento de la culpabilidad necesaria para completar el juicio de reproche lo es la no exigibilidad de otra conducta, que se refiere como lo

explica MUÑOZ CONDE a que el derecho no puede exigirle al autor concreto de un hecho típico y antijurídico que se abstenga de cometerlo, porque ello comportaría un excesivo sacrificio para él. (MUÑOZ CONDE, Op. Cit., p.127)

Es decir, que pueden existir situaciones en que el sujeto se ve obligado a no actuar de acuerdo a los mandatos de la ley penal, ya que ello constituiría un acto que repercutiría en contra de su vida o integridad personal. Ante hechos de esta naturaleza, la conducta cometida será típica y antijurídica mas no culpable, puesto que por la situación planteada no le era posible actuar de otro modo.

A nivel doctrinal se reconocen como causas de no exigibilidad de otra conducta el miedo insuperable y el encubrimiento entre parientes, ambas causas de inculpabilidad no están normadas en el Código Penal patrio.

Como bien lo explica MUÑOZ POPE “nuestro Código Penal no consagra una causa general de no exigibilidad de otra conducta, como sucede en otros ordenamientos jurídicos. Ello no implica, sin embargo, que no podamos reconocer algunas situaciones de no exigibilidad en el Código Penal Panameño. De este modo este autor nacional indica que la obediencia debida, el estado de necesidad disculpante y la coacción moral son causas de inculpabilidad que se fundamentan en la no exigibilidad de otra conducta. (MUÑOZ POPE, Op. Cit., p. 132)

Frente a las modalidades delictivas que analizamos consideramos que pueden aplicarse como causas de inculpabilidad, dependiendo del caso en

concreto, tanto la obediencia debida como la coacción moral, así por ejemplo en el caso del delito de violación de correspondencia, si una persona es obligada a abrir la carta de otro por amenaza o acceder a su contenido por medios técnicos, de ser debidamente probado este hecho, su actuar sería inculpable ya que actuó bajo coacción moral, siempre y cuando la amenaza sea de cierta magnitud o de significación importante, o bien ante los supuestos que plantea el tipo puede darse la obediencia debida, si existe una relación de subordinación y se cumple con los demás requisitos que establece el artículo 35 del Código Penal.

Igualmente, como lo comentamos al momento de analizar la antijuridicidad, debe considerarse si el hecho de que exista una formalidad a nivel constitucional para la ejecución del registro de cartas y documentos privados, permite o no la aplicación de una eximente de culpabilidad como lo es la obediencia debida, toda vez que se considera que el funcionario público o autoridad competente debe actuar con apego a la Constitución y a la Ley

En el delito de supresión de correspondencia, igualmente la conducta podría resultar inculpable si el sujeto activo de la acción típica, antijurídica se ve obligado a sustraer, destruir, ocultar, extraviar o interceptar una correspondencia ajena, bajo determinada amenaza que cumpla los requisitos de que se trate de un mal actual, grave e inminente que desea evitar, que sea provocada por un tercero y que implique una lesión a un bien jurídico ajeno (en este caso lo sería la intimidad).

B. El Delito de Violación de Correspondencia

1. Especial consideración a la conducta típica

Este delito se encuentra tipificado en el artículo 166 del Código Penal que expresa lo siguiente:

Artículo 166: "El que abra indebidamente una carta, pliego cerrado o un despacho cablegráfico o de otra naturaleza, que no le esté dirigido, o el que sin abrir la correspondencia, por medios técnicos se impusiere de su contenido, será sancionado con 30 a 60 días multa.

Si la persona que ha cometido el hecho punible divulga el contenido de la correspondencia, mencionada en el párrafo anterior, con perjuicio ajeno, la pena será de diez meses a dos años de prisión, pero si es empleado de Correos y Telecomunicaciones o de alguna empresa privada de comunicaciones nacionales o internacionales, la sanción se aumentará de una sexta parte a la mitad".

La conducta típica se presenta en este delito, en distintas modalidades por una parte la norma penal sanciona el abrir una carta, pliego cerrado o despacho cablegráfico que no le esté dirigida, por la otra se pena al que se impusiere en su contenido a través de medios técnicos, y por la otra se agrava la pena si se divulga el contenido del documento.

Los verbos rectores por ende son, "abrir", "impusiere" y "divulgar".

Abrir significa "descubrir lo que está oculto; "poner al descubierto una cosa, apartando las que la ocultan". (DICCIONARIO ENCICLOPEDICO OCEANO UNO, 1990)

Entonces como lo señala GUERRA DE VILLALAZ "se trata de una acción comisiva, de un hacer lo que está prohibido", se integra el delito por el solo hecho de abrir la correspondencia que no le esté dirigida. (GUERRA DE VILLALAZ, Op. Cit., p. 63)

Constituye la conducta punible el romper, cortar o despegar la correspondencia sea una carta, pliego cerrado, despacho cablegráfico o de otra naturaleza de manera indebida, lo que quiere decir hacerlo sin tener derecho a ello, es decir, que la misma no debe estar dirigida al autor del hecho, lo cual no necesariamente implica la imposición de su contenido en este caso en particular.

A su vez, constituye un presupuesto del delito el hecho de que la correspondencia deba estar cerrada, circunstancia que surge de la propia interpretación de la acción típica, puesto que sólo puede abrirse lo que está cerrado, además requiere que esté claramente indicado quien es el destinatario.

Otro verbo rector lo es "impusiere", que significa "enterarse de algo, acceder al conocimiento de lo que está oculto, vedado o reservado". (GUERRA DE VILLALAZ, Su Cit., p. 64)

MUÑOZ POPE y ARANGO DURLING expresan que imponerse del contenido "supone conocer el contenido de la misma, pero logrando esto sin

tener que abrir la correspondencia, pues por medios técnicos se obtiene el fin deseado: saber el contenido de una correspondencia que no está dirigida al sujeto". (MUÑOZ POPE y ARANGO DURLING, Op. Cit., p. 166)

Por ende, la conducta típica lo es simplemente el conocer ese contenido sin abrir la correspondencia logrando lo anterior a través de medios técnicos distintos a los medios tradicionales.

Igualmente, se establece una circunstancia agravante que es el divulgar el contenido de la correspondencia, entendiendo por divulgar "publicar una cosa", es decir, que el sujeto activo una vez consumado el primer supuesto, además le dice a otros el contenido de la correspondencia violada, lo que constituye como bien lo indicamos una circunstancia agravante. (DICCIONARIO ENCICLOPÉDICO OCEÁNO UNO, 1990)

2. Las consecuencias jurídicas

La pena en concepto de ARANGO DURLING "es un mal con que se amenaza y se castiga al sujeto por la violación de un precepto legal, conforme a la ley, que implica en consecuencia una pérdida o restricción de derechos o bienes jurídicos por parte de quien cometió el delito". (ARANGO DURLING, 1998, p. 14)

GILL SUAZO por su parte define que pena para los propósitos penales es "un mal impuesto por el Estado como respuesta ante la comisión de un hecho punible". (GILL SUAZO, Op. Cit., p.347)

Nuestra legislación contempla para este delito, tanto pena de prisión como pena de tipo pecuniaria.

En el tipo básico de violación de correspondencia establece una penalidad que va de treinta (30) día a sesenta (60) días multa a quien abra indebidamente una correspondencia que no le esté dirigida, así como a quien se imponga del contenido por medios técnicos sin abrirla, pena que a nuestro parecer debe ser modificada toda vez que hoy en día la intimidad es más vulnerable dado a los avances de la tecnología, aunado a que se trata de un derecho fundamental inherente a la dignidad de la persona por lo que debe ser penado más severamente, es decir, cónsono con el daño causado.

De la misma forma, el artículo 166 del Código Penal prevé dos agravantes, la primera de ellas se configura cuando la persona además de cometer la acción indicada en el tipo penal base divulga el contenido de la correspondencia causando un perjuicio ajeno para lo cual señala una sanción de diez (10) meses a dos (2) años de prisión. La segunda agravante, tiene que ver con el sujeto activo del delito, ya que de tratarse de un empleado de Correos y Telecomunicaciones o de alguna empresa privada de comunicaciones nacionales o internacionales la sanción se aumentará de una sexta a la mitad.

En materia de concursos de delitos, nuestra legislación establece en los artículos 62, 63, 64 y 65 las figuras del delito continuado, el concurso ideal o formal y el concurso real o material de delitos.

Para la determinación de la pena en el concurso ideal o formal, el Código Penal Panameño acoge el sistema de absorción en el que como lo explica ARANGO DURLING “se sigue el criterio de aplicar la pena más grave cuando concurren varios delitos realizados por un mismo sujeto”. (ARANGO DURLING, Op. Cit., p. 65).

Para el concurso real o material se sigue el sistema de acumulación jurídica, según el cual se debe partir por la pena para el delito más grave e ir aumentándola dependiendo de los diferentes hechos punibles que el sujeto activo haya cometido.

Se da el concurso ideal cuando el sujeto activo con la ejecución de un solo acto vulnere varias normas penales (concurso ideal heterogéneo) o bien, realice un mismo delito pero contra varias personas (concurso ideal homogéneo). En nuestra legislación esta figura la encontramos en el artículo 63 del Código Penal. (CASTILLO En: ARANGO DURLING, Op. Cit., p.66)

En los delitos contra la intimidad se presenta en materia de concursos ciertos problemas, como por ejemplo, qué sucede cuando con la conducta típica se vulnera la intimidad de varias personas, existiendo en la doctrina frente al caso planteado diversos criterios. ROMEO CASABONA considera que frente a este

supuesto se está ante un concurso ideal de delitos dado a que existe unidad de acción pero pluralidad de sujetos pasivos agredidos. (ROMEO CASABONA, Op. Cit., p. 143)

HIGUERA GUIMERA es de la opinión que no se trata de un solo delito, y que debe existir entonces tantos delitos como personas afectadas. Es nuestro criterio, que por ejemplo, si se abre la correspondencia de otro y se conocen secretos de terceros serán sujetos pasivos el remitente, el destinatario y los dueños de los hechos íntimos, sin embargo, esto deberá tomarse y sancionarse como un solo delito que vulnera la intimidad de varios, dado pues que se trata de una misma acción a pesar de que exista una multiplicidad de sujetos pasivos. (HIGUERA GUIMERA, 2002, p. 8)

Pero cabría plantearse a manera de ejemplo cómo se resolvería, de acuerdo a nuestro derecho penal vigente, el caso de que una persona en un mismo momento o lapso de tiempo abra diferentes cartas, despachos cablegráficos, correos electrónicos o cualquier clase de correspondencia perteneciente a otro, es nuestro criterio que a pesar de que pudiera existir un concurso ideal de delitos, nuestra normativa exige que la persona cometa más de dos delitos, de ahí entonces que deba resolverse como un concurso real de delitos.

Por otro lado, si la violación de correspondencia se utiliza para la realización de otro delito, como por ejemplo para cometer una falsedad o extorsión, estaríamos ante un concurso real o material de delitos, que de acuerdo al

artículo 64 del Código Penal se sancionará primero con la pena por el más grave con un aumento hasta la tercera parte que le correspondería por el otro, ya que a diferencia de otras legislaciones la nuestra no contempla el llamado concurso medial.

Es importante indicar, que por ser la intimidad un bien jurídico personalísimo de acuerdo al derecho penal español no admite la figura del delito continuado, ya que así lo preceptúa su legislación, en cambio consideramos que dado a que nuestra legislación en materia penal no impone nada al respecto, bien pudiera considerarse que se puede dar en estos delitos la figura del delito continuado, siempre y cuando se cumpla con los presupuestos.

3. Especial referencia al Código Penal de 2007

En el nuevo texto legal, encontramos que se mantiene el delito de violación de correspondencia en el artículo 162 con algunas modificaciones, en lo que respecta a la conducta típica y al objeto material.

En cuanto al primero, vemos que la conducta ya no se limita al verbo rector “abrir” sino que la sustituye por “apoderarse” o bien “informarse” con lo cual obviamente amplía el marco de la acción al no limitar la acción típica al verbo abrir. Del mismo modo elimina de su redacción la modalidad descrita en el artículo 166 del Código Penal vigente sobre el conocimiento del contenido de la correspondencia a través de medios técnicos, lo que no nos parece tan

acertado, toda vez que la evolución de la informática permite con mayor facilidad que este delito pueda cometerse utilizando este tipo de tecnología.

En cuanto al objeto material, el nuevo tipo penal además de los descritos por la norma anterior incluye al correo electrónico de manera expresa como objeto de protección, lo que sin lugar a dudas deja por sentado la intención del legislador de actualizar nuestra normativa a las exigencias de los tiempos actuales. En capítulo posterior, ahondaremos más sobre el tema.

C. El Delito de Supresión de Correspondencia

1. Especial consideración a la conducta típica

El delito de supresión de correspondencia está normado en el artículo 167 del Código Penal, el cual tiene por objeto sancionar ya no el hecho de abrir la correspondencia de otro sino el impedir que esta llegue a su destinatario legítimo.

El artículo 167 es del tenor siguiente:

Artículo 167: “El que sustraiga, destruya, sustituya, oculte, extravíe o intercepte correspondencia dirigida a otro, será sancionado con prisión de 1 a 2 años y si es empleado de Correos y Telecomunicaciones o de alguna empresa privada de comunicaciones nacionales o internacionales, la sanción se aumentará de una sexta parte a la mitad.

Si la persona que ha cometido el hecho divulga el contenido de la correspondencia, con perjuicio ajeno, la pena será de 15 a 30 meses de prisión y

si es empleado de Correos y Telecomunicaciones o de una empresa privada de comunicaciones nacionales o internacionales la sancion sea aumentara de una sexta parte a la mitad

En este tipo penal la conducta tipica del agente esta descrita en varios verbos rectores que son el que sustraiga destruya oculte extravie o intercepte

Evidentemente todas las acciones encuadradas dentro del tipo tienen por fin establecer la accion de evitar de cualquier forma que la correspondencia llegue a su destinatano legitimo

Sustraer significa separar apartar” destruir es arruinar una cosa o deshacer algo Por sustituir se entiende poner a alguien o algo en lugar de otro hacer las veces de otro El ocultar consiste en esconder encubrir o disfrazar’ Extraviar es hacer perder el camino o perderse una cosa Interceptar es apoderarse de una cosa que se envia a otro detener una cosa en su camino (DICCIONARIO ENCICLOPEDICO OCEANO UNO 1990)

La conducta en resumen presupone que se trate de una correspondencia en curso o dicho en otras palabras que se encuentre en camino a su destinatano y que el sujeto activo impida a través de la realizacion de cualquiera de las acciones descritas que llegue a su destino lo que va a suceder desde el momento en que el remitente se desprende de ella hasta el momento en que el correo disponga el envio de la misma Basicamente la conducta tipica va a

consistir en desviar la correspondencia de su curso natural sea que la desvíe o le de un curso que no es el debido.

MUÑOZ POPE y ARANGO DURLING, son de la opinión que “la fórmula utilizada por el legislador de describir con distintos verbos rectores la conducta prohibida no es lo más conveniente ya que pueden surgir problemas de orden práctico al momento de aplicar la norma bajo examen”. (MUÑOZ POPE Y ARANGO DURLING. Op. Cit, p. 174)

Compartimos la postura de los citados autores, toda vez que a final de cuentas lo que se pretende castigar es el suprimir la correspondencia, es decir, el evitar que llegue al conocimiento del destinatario.

Creemos que debiera considerarse a futuro simplificar la redacción de este artículo y tratar de señalar a través de un solo verbo rector la conducta prohibida como por ejemplo usar el verbo evitar o impedir los cuales por lógica pueden implicar la acción de sustraer, destruir, suprimir, ocultar o extraviar.

De la misma forma, debemos indicar que en este delito es indiferente si la carta se encuentra abierta o cerrada, lo anterior solo va a ser relevante para la aplicación de la agravante prevista en el párrafo segundo ya que obviamente que quien divulga el contenido ha tenido que imponerse del contenido a través de la apertura.

2. Las Consecuencias Jurídicas

Para el delito de supresión de correspondencia, el artículo 167 del Código Penal estipula una pena de un (1) año a dos (2) años de prisión. Similar al tipo anterior esta pena se agravará de una sexta parte a la mitad si la conducta es ejecutada por el sujeto activo calificado.

Señala la norma que si el sujeto activo divulga el contenido de la correspondencia con perjuicio ajeno se le sancionará con pena de quince (15) a treinta (30) meses de prisión. Para este caso igualmente se contempla la agravante citada anteriormente.

BUOMPADRE con relación a las agravantes señala que “la doctrina es uniforme en aceptar que estamos frente a un delito de doble actividad: la agravante exige que el autor haya cometido alguno de los tipos previstos en el primer párrafo de la norma para, posteriormente, comunicar o publicar el contenido de la carta el contenido de la carta, escrito o despacho. La ausencia de este lazo comunicante hace desaparecer la mayor penalidad.” (BUOMPADRE, Op. Cit., p. 192)

En cuanto al concurso de delitos, en el tipo penal de supresión de correspondencia este puede tener lugar cuando el mismo es realizado como medio para cometer otro delito, puesto que estaríamos entonces ante un concurso real de delitos para lo cual se debe seguir lo contemplado en el artículo 64 del Código Penal.

Si el sujeto activo en un solo acto intercepta suprime extravía oculta la correspondencia de vanas personas vulnerando su intimidad ello debe ser resuelto mediante las reglas del concurso real de delitos

3 Especial Consideración al Código Penal de 2007

Este tipo penal se desarrolla en el artículo 163 del Código Penal 2007 en el cual se mantiene todos los verbos rectores del Código Penal vigente sin embargo se agrega como acción típica el bloquear una carta pliego correo electrónico despacho cablegráfico o de otra naturaleza lo que en resumen se traduce en evitar que la misma llegue a su destinatario original Como ya lo hemos señalado a fin de cuentas lo que pretende este tipo penal es sancionar la acción sea cual fuere ejecutada por el sujeto activo con la finalidad de impedir que la correspondencia llegue al destinatario por tal opinamos que puede simplificarse su redacción para facilitar su aplicación e interpretación

Del mismo modo se agrega como ocurre en el artículo anterior al correo electrónico de manera expresa como objeto material del delito

C El Delito de Publicación Indevida

1 Especial consideración a la conducta típica

Ya en este tipo penal a diferencia de los analizados anteriormente lo que se protege es la reserva que se debe guardar frente a una información que ha sido

conocida de manera lícita pero que no se está autorizado para hacerlas públicas

El tipo penal de la publicación indebida de correspondencia lo encontramos en el artículo 168 que señala

Artículo 168 El que posea legítimamente una correspondencia grabaciones o papeles no destinados a la publicidad y los haga públicos sin la debida autorización aunque le hubiesen sido dirigidos será sancionado con 15 días a 60 días multa cuando el hecho pudiere causar perjuicio

No se considerará delito la divulgación de documentos indispensables para la comprensión de la historia y los hechos políticos

La conducta típica que contempla la norma consiste en hacer público una correspondencia grabaciones papeles no destinadas al público

El verbo rector es 'hacer' que significa producir una cosa o concebir una idea causar u ocasionar" ejecutar una acción o trabajo (DICCIONARIO ENCICLOPÉDICO MEGA SIGLO XXI 1990)

Público significa notorio patente manifiesto visto o sabido por todos publicar es hacer patente y manifiesta al público una cosa editar un artículo un anuncio etc en un medio de difusión escrita o revelar un secreto (DICCIONARIO ENCICLOPÉDICO MEGA SIGLO XXI 1990)

Entonces la conducta típica va a consistir en hacer de conocimiento de un grupo indeterminado de asuntos contenidos en grabaciones correspondencia o

papeles sin la debida autorización de hacerlo, aún cuando como lo señala el tipo penal, la carta o el documento le haya sido dirigido, lo que quiere decir que a pesar de que la persona del remitente o de quien la posea de manera lícita adquiere la propiedad de la correspondencia, grabación o documento, se parte del hecho de que la comunicación solo concierne a las personas involucradas en ella, y que no debe trascender a la luz pública sin autorización de quien extiende o envía el documento del que se trate, en virtud de que la misma no está destinada a la publicación.

Este delito presupone que la correspondencia es adquirida por parte de quien la publica de manera legítima, ya que de lo contrario no estaríamos en presencia del delito publicación indebida de correspondencia sino del delito de supresión de correspondencia.

Cabe señalar, que la norma establece un elemento adicional que consiste en que el hecho de publicarla pudiere causar perjuicio. En opinión de MUÑOZ POPE y ARANGO DURLING "la norma no exige que se produzca perjuicio alguno, basta que se de la publicación que pueda derivar algún perjuicio para que la figura quede perfeccionada". (MUÑOZ POPE y ARANGO DURLING, Op. Cit., p. 181)

BUOMPADRE refiere que "la publicidad indebida, para que sea punible, debe haber causado un perjuicio a un tercero o haber concurrido la posibilidad de su producción. Sigue señalando este autor que para "la ley es suficiente con el

perjuicio potencial que puede ser de cualquier naturaleza (maternal moral patrimonial publico privado etc) (BUOMPADRE Op Cit p 195)

Compartimos la postura de los autores antes citados puesto que consideramos que la norma no exige la existencia de un perjuicio cierto basta con que se publique para que se configure la conducta tipica y que exista obviamente tan solo la posibilidad de que con esta publicacion resulte algun perjuicio elemento que a nuestro juicio debiera ser eliminado de la redacción de este articulo a fin de evitar confusiones al momento de su interpretacion ya que el perjuicio a nuestra consideracion está inmerso en la propia conducta la cual solo con la mera publicacion de la informacion que se trate lesiona el derecho a la intimidad

2 Las Consecuencias Jurídicas

Para el delito de publicacion indebida de correspondencia nuestro ordenamiento penal preve una pena de caracter pecuniaria que va de quince (15) a sesenta (60) dias multa la cual como podemos apreciar ni siquiera llega a la duracion minima que senala el articulo 48 delCodigo Penal para este tipo de pena ya que este articulo dispone que el minimo a imponer debe ser de veinticinco (25) dias

Nos parece que la sancion contemplada para esta infraccion penal no es adecuada ni consona con el perjuicio que se pudiera ocasionar a quien se vea perjudicado con esta accion por lo que seria recomendable hacer una revision

de la misma y considerar el imponer una sanción más acorde con el daño que se pudiera producir.

Existe en esta norma lo que se conoce como una condición objetiva de punibilidad que MUÑOZ CONDE Y GARCÍA ARAN definen como “aquellas circunstancias que, sin pertenecer al injusto o a la culpabilidad, condicionan en algún delito concreto la imposición de una pena”. (MUÑOZ CONDE y GARCÍA ARAN En: ARANGO DURLING, Op. Cit., p. 170)

GILL SUAZO al respecto señala que “el legislador ha supeditado la penalidad de este delito a la concurrencia de una condición objetiva de punibilidad que consiste en que el hecho cause perjuicio, el cual puede ser contra el remitente, destinatario o a un tercero”. (GILL SUAZO, Op. Cit., p. 57)

En esta norma, se configura la condición objetiva de punibilidad cuando señala que a causa de la publicación debe existir tan siquiera la posibilidad de que con ella se pudiere causar perjuicio, lo que trae como consecuencia entonces que de no probarse el perjuicio o el posible perjuicio realizado con la publicación, no se podrá imponer pena alguna aún cuando la conducta sea típica, antijurídica y culpable.

A su vez, es preciso comentar que el párrafo segundo del artículo 168 del Código Penal establece una excusa absolutoria al expresar que “no se considerará delito la divulgación de documentos indispensables para la comprensión de la historia y los hechos políticos”. Las excusas absolutorias

como lo explica ARANGO DURLING excluyen la responsabilidad penal cuando “habiéndose realizado el hecho típico, antijurídico y culpable, no puede aplicarse la pena o sanción correspondiente, por diversas razones de política criminal o conveniencia social”. (ARANGO DURLING, Op. Cit., p. 166)

En este caso en particular si el agente que comete la conducta típica, antijurídica y culpable, lo hace movido por el interés de aportar elementos importantes a la historia o bien para aclarar hechos políticos, su conducta será impune lo que a nuestro parecer se justifica por razones de conveniencia social.

Por último, el concurso de delitos también es admisible en el delito de publicación indebida de correspondencia, en aquellos casos en que con la publicación se vea afectado otro bien jurídico protegido por la ley penal como lo podría ser el derecho al honor, cuando el sujeto activo con la publicación indebida de la correspondencia, grabación o papel además calumnie o injurie al ofendido lo cual se deberá resolver mediante el concurso real o material de delitos.

3. Especial consideración al Código Penal de 2007.

En el Código Penal aprobado de 2007, el delito de publicación indebida de la correspondencia lo encontramos en el artículo 164. En este, se mantiene intacta su redacción, cambiando únicamente uno de sus objetos materiales, ya que el nuevo artículo hace referencia además de la correspondencia y la grabación, de los “documentos privados y de carácter personal” con lo que

sustituye la denominación que se usa en el Código Penal actual, el cual utiliza el concepto de papeles solamente, con lo que se define mejor el objeto material de este delito, ya que en cierta forma le adiciona una característica ligada estrechamente a la intimidad, ya que de acuerdo a la nueva norma debe tratarse no de cualquier papel sino de un documento privado con contenido personal.

III. La Intimidad Documental y el Secreto Profesional

El derecho a la intimidad y específicamente la intimidad documental se encuentra resguardada en el llamado secreto profesional, en donde de la misma forma que en el tipo anterior lo que se protege es la reserva, confidencialidad o bien, de manera más directa, el secreto de la información frente a quien, en este caso en particular, la obtiene de manera lícita a raíz de una relación de índole profesional que se tiene con la persona que da la información dentro de un marco de confianza que surge con motivo precisamente de esa relación profesional. de allí que diversos autores se refieran que el secreto profesional es un derecho-deber, por una parte es un derecho de quien se ve obligado a revelar datos íntimos a un tercero movido por un interés determinado, y por la otra, es un deber de quien accede a la información por que ese acceso se da en virtud de una relación de confianza.

SOLSONA explica al respecto que “la razón del deber de no violar el secreto es el compromiso que surge por la relación “profesional” (aunque no sea una

profesión *strictu sensu*, sino que, medie empleo, etc.)". (SOLSONA. Op. Cit., p. 106)

En este tipo penal el bien jurídico lo es la intimidad, que de acuerdo a ROMEO CASABONA es aquella "dimensión de la intimidad que viene arropada como secreto", puntualiza que la protección del deber de secreto es instrumental para el logro de la efectiva protección de la intimidad ajena a la que se ha accedido legítimamente por circunstancias vinculadas con el trabajo, oficio o profesión, y constituye, como es lógico en el bien jurídico realmente protegido. (ROMEO CASABONA, Op. Cit., p. 187)

A. Análisis del Tipo Básico del Secreto Profesional contenido en el Artículo 170 del Código Penal

1. La norma

El secreto profesional lo encontramos en el artículo 170 del Código Penal que literalmente señala que:

Artículo 170: "El que por razón de su oficio, empleo, profesión o arte, tenga noticia de secretos cuya publicación pueda causar daño y los revele sin el consentimiento del interesado o sin que la revelación fuere necesaria para salvaguardar un interés superior, será sancionado con prisión de 10 meses a 2 años o de 30 a 150 días multa, e inhabilitación para ejercer tal oficio, empleo, profesión o arte hasta por dos años.

La sanción antes descrita será aumentada al doble, cuando el que viole el secreto sea un servidor público que haya tenido acceso a la información, en razón de una de las medidas de

prevención del delito de blanqueo de capitales previstas por la ley”.

2. Tipo Objetivo

2.1 Los Sujetos

2.1.1 Sujeto Activo

Sujeto activo del delito lo será aquella persona que por razón de su profesión, oficio o arte tenga conocimiento de información íntima o confidencial y la revele sin la debida autorización.

Como se puede apreciar, el tipo penal exige una cualidad especial del sujeto activo, que consiste en que se trate de un profesional, empleado de empresa, trabajador, en fin de una persona que en razón de la relación que tiene con el sujeto pasivo obtenga información cuya revelación la hace sin el consentimiento necesario para ello.

Vale entonces definir en todo caso, cada uno de los conceptos que utiliza el artículo 170 para calificar al sujeto activo, es decir, qué se entiende por oficio, empleo, profesión o arte.

Por oficio se entiende “ocupación habitual”, en otras palabras consiste en una ocupación que se ejerce a través de funciones no estrictamente laborales ejecutadas de manera particular; empleo es “la ocupación habitual de una persona” este término hace referencia a una relación de dependencia con una entidad ya sea pública o privada; por su parte, profesión es el “empleo, tarea o

cargo que una persona ejerce”, generalmente la persona que ejerce una profesión requiere de conocimientos especiales adquiridos mediante estudio y amparado por un título como por ejemplo los abogados, médicos, entre otros, por último, la norma hace alusión al término arte que se define como “la virtud que posee una persona para hacer algo y que usa como medio de vida”. (DICCIONARIO MEGA SIGLO XXI)

En conclusión, es la actividad calificada la que va a permitir al sujeto activo el acceder a los secretos de otro, los cuales como ya lo hemos puntualizado, deben haberse conocido a raíz de una relación que se vincula a una prestación de servicio personal, es decir, que no se trata de un conocimiento casual o circunstancial, sino de una determinada situación que se da en un ámbito de intimidad cuya violación responsabiliza al sujeto activo, se trata entonces de un delito especial ya que sólo pueden ser sujetos activos del mismo quienes reúnan las condiciones formales que el tipo exige para poder serlo.

Cabe resaltar, que la norma en mención igualmente requiere de un sujeto activo calificado para aplicar la agravante contenida en el párrafo segundo, puesto que está dirigida específicamente al servidor público que cometa la violación al secreto sobre información a la que tiene acceso en razón de una de las medidas de prevención del delito de blanqueo de capitales previstos en la ley, párrafo que fue adicionado mediante el artículo 1 de la Ley 41 de 2 de octubre de 2000.

2.1.2 Sujeto Pasivo

El sujeto pasivo será el titular de la información íntima, así pues, puede ser cualquier persona sea natural o jurídica, puesto que a nuestro entender entran aquí como tales las empresas que en un momento determinado se vean afectadas con la revelación de un secreto que un empleado ha adquirido en virtud de esa relación laboral.

También puede serlo el Estado, siempre y cuando no se trate de secretos de índole políticos, diplomáticos o militares que versen sobre la seguridad del Estado, ya que en caso tal se aplicaría lo estipulado en el artículo 292 del Código Penal que lo tipifica como un delito contra la personalidad jurídica del Estado.

2.2 Conducta Típica

La conducta típica en el delito bajo examen consiste en revelar sin consentimiento del interesado ese secreto del cual ha tenido conocimiento como producto de esa relación de confianza entre el sujeto activo y el sujeto pasivo, incumpliendo el deber de sigilo o reserva.

El verbo rector de la conducta es “revelar” por este se entiende “descubrir o manifestar lo ignorado o secreto”. lo que quiere decir en otras palabras, que la norma se refiere a la acción de transmitir o hacer partícipes a otros de algo de lo que se tenía un conocimiento previo. (DICCIONARIO MEGA SIGLO XXI)

Para MUÑOZ POPE y ARANGO DURLING “la trascendencia de la revelación radica en la ilicitud, pues el agente traiciona la confianza en él depositada, revelando aquello que conoce sin autorización o sin que exista un interés superior que proteger”. (MUÑOZ POPE y ARANGO DURLING, Op. Cit., p. 195)

De la misma forma, basta para que se de la conducta punible y se lesione por consiguiente el bien jurídico de la intimidad, que la información se transmita a una sola persona ajena al secreto, puesto que la norma en si no exige que la indiscreción típica sea cometida con varias personas. También es indiferente el medio utilizado por el agente para efectuar la revelación, ya que la misma puede ser verbal, escrita, de manera pública o confidencial.

Finalmente, la norma exige de la misma forma, que la revelación del secreto “pueda causar daño”, es decir, que de la acción cometida por el agente, exista la posibilidad tan siquiera de causar perjuicio a un tercero sea de índole patrimonial, emocional, moral o social.

El consentimiento del ofendido en este caso hace parte del tipo objetivo, puesto que la norma hace referencia expresa a que la revelación se realice “sin consentimiento del interesado” en consecuencia, de mediar consentimiento esto hace la conducta atípica, al no reunir las exigencias del tipo objetivo. en este sentido CORTÉS BECHIARELLI señala que “el consentimiento en el delito de revelación del secreto profesional, resulta absolutamente relevante, de tal suerte que su intervención, ya sea expreso o presunto, excluye la tipicidad de la

conducta divulgadora; o bien, de manera quizá menos técnica, pero más gráfica, constituye una excepción de la obligación de permanecer silente, porque pierde su carácter ilícito". (CORTÉS BECHIARELLI, 1998, p. 147)

2.3 Objeto Material

En cuanto al objeto material la norma hace alusión a que debe tratarse de secretos, definición que vimos al momento de analizar la intimidad como bien jurídico protegido en el capítulo anterior, y definimos como la voluntad del titular ya sea de un hecho, acontecimiento, dato o información que estos permanezcan fuera del conocimiento ajeno, o bien que su conocimiento se limite a un número reducido de personas.

Lo importante aquí es establecer que no se trata de cualquier secreto, sino de aquel que tenga algún contenido de intimidad dado pues del bien jurídico que se trata, de la que se ha tenido conocimiento por la práctica de una profesión, oficio, empleo o arte.

Ahora bien, pareciera que el tipo penal puede surtir efectos para cualquier clase de actividad en donde se involucren secretos obtenidos por la relación de confianza. Sin embargo, nos llama la atención que algunos autores como ROMEO CASABONA y MUÑOZ CONDE hacen énfasis en la preexistencia a nivel legal del deber de sigilo.

MUÑOZ CONDE sostiene sobre el deber de sigilo que "al carácter de profesional que debe tener el sujeto activo, hay que añadir que la propia relación entre el profesional y el sujeto titular del secreto obligue a éste a revelar sus

secretos a aquél es decir que convierta al profesional en "confidente necesario", que es lo que le da fundamento jurídico, y no simplemente moral, a la obligación de sigilo y reserva que constituye la base del delito", por lo que considera que se debe acudir entonces a los reglamentos de cada profesión a fin de conocer cuáles son los deberes específicos de sigilo y reserva. (MUÑOZ CONDE, Op. Cit., p. 252)

ROMEO CASABONA, señala por su parte, que solo de existir un deber de sigilo preexistente se podrá estar ante este tipo penal y puntualiza que "en consecuencia nos hallamos ante una norma penal en blanco necesitada en consecuencia de ser completada por la normativa sectorial correspondiente en la que se establezca la obligación de sigilo, lo que contiene dos efectos: el primero la dependencia de este tipo de lo injusto de la norma extrapenal para determinar el ámbito profesional (qué profesionales están obligados a la reserva) y material (sobre qué aspectos o contenidos, si es que dicha normativa se refiere a tal extremo) del deber del secreto. (ROMEO CASABONA, Op. Cit., p. 199)

No compartimos el criterio esbozado por los autores citados. El artículo 170, a diferencia de lo que ocurre en el derecho español en donde por un lado se sanciona la infracción del secreto laboral y en otro artículo el secreto profesional (artículo 199 del Código Penal Español de 1995), comprende todo tipo de relaciones o actividades mediante las cuales surja una relación por la cual se deba tener acceso a información íntima de otro. Al referirse la norma de manera amplia a los oficios, empleo, profesión o arte denota la intención del legislador

de tratar de abarcar en un solo tipo penal cualquier infracción contra el secreto que se obtiene producto de la actividad que se ejerce y frente al cual por su contenido se debe guardar reserva

Sería peligroso a nuestro entender el pretender delimitar la aplicación de este delito solo a aquellas profesiones debidamente reglamentadas como por ejemplo en nuestro caso lo están los abogados los médicos los contadores entre otros ya que dejaría por fuera otro tipo de actividades que no cuentan regulación alguna pero en las por la relación profesional se puede acceder a los secretos de otro

Nos parece oportuno sin embargo mencionar algunas de las profesiones que poseen una reglamentación al respecto En este sentido el gremio de abogados en nuestro país cuenta con un Código de Ética y Responsabilidad Profesional el que en el artículo 13 Capítulo II denominado El Abogado y su Clientela establece de manera expresa el deber de sigilo que debe existir entre el profesional del derecho en los siguientes términos

Artículo 13 Es deber del abogado guardar los secretos y confidencias de su cliente Este deber perdurar aun después de la terminación de los servicios y se extiende a los empleados del abogado y ni este ni aquellos podrán ser forzados a revelar tales confidencias salvo que ello sea autorizado por el cliente El abogado que sea objeto de una acusación por parte de su cliente puede revelar el secreto profesional que su acusador le hubiere confiado si es necesario para su defensa

Vemos que el artículo citado desarrolla lo concerniente a la duración del deber de sigilo que persiste aun después de terminada la prestación de los servicios y se extiende al personal que colabore con el letrado

Los profesionales de la medicina también tiene un deber de secreto relacionado con el ejercicio de su profesión este es el llamado secreto médico que para GALAN RIBES comprende y abarca tanto lo confiado por el paciente al médico como todos aquellos detalles que éste vaya avengando en el proceso de la exploración médica el diagnóstico y el propio tratamiento y este derecho permanece vigente tanto en vida como tras el óbito del paciente momento en que no concluye el deber de custodia por parte del médico (GALAN RIBES En ARANGO DURLING 2001 p 49)

Debemos puntualizar que dentro del derecho a la intimidad del paciente se encuentra salvaguardado su historia clínica porque como lo señala MUÑOZ CONDE aun cuando en esta última haya siempre algo de la propia aportación intelectual del médico (diagnóstico tratamiento la percepción misma de los síntomas análisis radiografías etc) la relación de los datos que en la misma obran con la intimidad del paciente la convierten también en una parte de la intimidad de este sometida al mismo régimen que cualquier otro dato (MUÑOZ CONDE Op Cit p 255)

En nuestro país el gremio Médico cuenta con un Código de Ética que establece este deber de secreto del médico frente su paciente sin embargo se contempla algunas excepciones en el artículo 21 del citado Código de Ética

frente a las siguientes situaciones: cuando exista consentimiento del interesado, ante grave peligro para el bien común, en caso de producir perjuicios a terceras personas inocentes; frente a un peligro grave por el propio paciente, y cuando así lo demanda el Órgano Judicial.

En nuestra investigación tratamos de averiguar si el oficio de detective privado contaba con algún tipo de regulación, constatando que a pesar de lo delicada de esta función por las connotaciones que tiene la misma y de la cantidad de personas que en nuestro país ofrece este servicio, la misma no cuenta hoy en día con reglamentación alguna, pero a pesar de los anterior, consideramos que quien la ejerce y falta a su deber de reserva frente a su cliente, comete el delito en estudio, ahora bien, sería recomendable elaborar una reglamentación para el ejercicio de este oficio.

Sobre la duración del deber de sigilo cabe hacerse la pregunta si este es ilimitado. HIGUERA GUIMERA frente a este cuestionamiento es de la opinión que si el mismo versa sobre hechos pasados, el deber de sigilo perdurará hasta que la revelación no implique un daño o perjuicio a la intimidad, si por el contrario se trata de datos futuros, es decir, comportamientos futuros, frente a estos el profesional no tiene ese deber de sigilo, nos parece que sobre este último punto, ello dependerá sin dudas del comportamiento que trate, ya que como lo veremos al analizar la justificación podría presentarse alguna causal de justificación . (HIGUERA GUIMERA, 2003, p. 19)

Los sacerdotes y eclesiásticos también se encuentran obligados al deber de sigilo en el caso de los sacerdotes de la religión católica el deber de sigilo encuentra sus raíces en el *sigillum confessionis* instaurado en el Concilio Ecuménico de Letrán del año 1215 que es lo que conocemos como el secreto de confesión sin lugar a dudas el sacerdote que revele un secreto íntimo que se le ha confesado bajo el denominado secreto de confesión sin causa justificada infringe su deber de sigilo y podría ser inculpado bajo los supuestos del artículo 170 del Código Penal

Nos parece oportuno citar el contenido del artículo 912 del Código Judicial que dispone quienes no están obligados a declarar en juicio penal Este artículo señala que

Artículo 912 No están obligados a declarar

- 1 El abogado o apoderado sobre las confidencias que hayan recibido de sus clientes y los consejos que hayan dado a estos en lo relativo al proceso que manejan
- 2 El confesor acerca de las revelaciones hechas por el penitente
- 3 El médico en cuanto a las confidencias que le hayan hecho sus pacientes
- 4 El juez mientras esté conociendo del proceso

Vemos entonces que esta norma procesal dispone la no obligación de declarar precisamente por tratarse de profesiones u oficios que implican un cierto grado de intimidad y que por ende ello trae como consecuencia un deber de reserva sigilo o secreto por parte de quien tiene conocimiento de la

informacion por la actividad que desempeña en este caso la norma exime a los abogados los medicos y los confesores dentro de los cuales estan por supuesto los curas pastores etc

Igualmente se enmarca dentro de este delito como objeto material el secreto laboral toda vez que uno de los deberes del trabajador lo es la lealtad hacia la empresa para la cual trabaja siendo asi en caso de de revelarlos incurre en este delito ya que el secreto lo conoció producto de esa relacion laboral y por el oficio que ejerce dentro de la empresa accion que debe ejecutar evidentemente sin el consentimiento del empleador como lo demanda la norma penal

3 Tipo Subjetivo

Este delito es de naturaleza dolosa y no cabe la posibilidad de sanción a titulo culposo toda vez que nuestro ordenamiento juridico expresamente no lo preve

En caso de incurrirse en error en algunos de los elementos del tipo sea porque el sujeto pasivo desconocia que el contenido de la información era secreta o bien desconozca que con esa revelación podria causar daño entonces estaríamos en presencia de un error de tipo ya que podria decirse que la persona no actuo con dolo y por ende su actuar no seria punible si se trata de un error invencible de ser vencible como ya lo hemos expuesto al no existir sancion a titulo culposo la conducta igualmente no podria ser sancionada

4. Las Formas de Aparición Delictiva

Cualquier persona que por razón de su profesión, empleo, oficio revela secretos sin el consentimiento del interesado o sin que la revelación fuere necesaria para salvaguardar u interés superior y con ella cause daño aunque sea potencialmente, será considerado autor de este delito.

De la misma forma, admite la participación criminal en todas sus modalidades, pero por tratarse de un delito especial, se puede presentar cierta problemática.

Usualmente, la participación se va a dar con personas que laboran en conjunto con el sujeto activo del delito (*intraneus*), como lo puede ser la secretaria, auxiliar, el pasante del abogado, entre otros (*extraneus*), quienes de acuerdo a su participación en la ejecución del hecho podrán ser considerados co - autores, cómplices primarios o secundarios.

Lo interesante es preguntarse, qué ocurre cuando una persona ajena (*extraneus*) a las actividades laborales o profesionales, se entera accidentalmente del secreto de otro quien lo ha confiado por la relación profesional que mantiene con determinada persona y este lo revela? Cabrían a nuestro entender diversas soluciones, todo va a depender de cómo accede a la información, así si accede interceptando cartas, correos electrónicos, o bien apoderándose de estas de manera ilegítima, pues incurrirá en el delito de violación o supresión de correspondencia, pero si obtiene el conocimiento de

manera casual sin que directamente lo haya obtenido del profesional empleado u otro y lo revela pues entonces no podria ser penado bajo este tipo penal dado que el delito de revelacion de secreto profesional es un delito especial que requiere una cualidad especifica en el sujeto activo y en la conducta tipica por tanto esta conducta no podria ser sancionada a traves de este delito en todo caso podria ser investigado por injuria si con la manifestacion realizada se ofendio el honor del interesado

En cuanto a la tentativa de acuerdo al tipo penal bajo examen la conducta se consuma en el momento en que se hace la revelación sin el consentimiento del interesado o bien sin justa causa el secreto de otro obtenido por una relacion de confianza surgida por una actividad en particular

En opinion de MUÑOZ POPE y ARANGO DURLING en este delito la tentativa es admisible y la misma se regirá por las reglas generales (MUÑOZ POPE Y ARANGO DURLING Op Cit p 196)

Sin embargo encontramos que existen autores que son de la opinion que en este tipo delictivo no es posible la tentativa En este sentido QUERALT JIMENEZ advierte lo anterior cuando senala que por tratarse este de un delito de actividad ello imposibilita que se configure el delito en su modalidad tentada (QUERALT JIMENEZ 1996 p 210)

CORTES BECHIARELLI siguiendo la misma linea indica en resumen que en este delito la confianza se traiciona o no así desde el momento en que el

profesional (en su caso analiza el secreto del abogado) “comienza a transmitir la información que debe permanecer oculta, se está consumando el delito, porque se está desterrando, de esa suerte, la posibilidad de mantener incólume la lealtad exigida”. Así, si la revelación la realiza el abogado por ejemplo, enviando una carta a otra persona transmitiéndole noticias de su cliente, siendo interceptada la misiva, a su criterio ya ha consumado el delito analizado, puesto que “ha lesionado el bien jurídico con la mera redacción de la misma y la intención de participarlo a un tercero, con independencia de que el escrito acabe leyéndose, perdiéndose, o, en definitiva no llegando, por la razón que sea , a su destino, para este autor, el intento que persigue la transmisión, aunque esta no se verifique, no constituye forma de tentativa, sino, la auténtica consumación del delito”. (CORTÉS BECHIARELLI, Op. Cit., p. 160)

Nosotros compartimos el criterio de los autores nacionales, ya que definitivamente, y siguiendo el ejemplo antes citado, lo que se pena es el revelar, es decir, que necesariamente requiere que la información sea obtenida por un tercero ajeno a la relación de confianza, de no llegar a darse ese conocimiento por parte del tercero, aún cuando ya haya sido plasmado en una carta, ello hace que el delito no se consume como lo requiere el artículo 44 del Código Penal, y por ende, se configure la tentativa.

5. Antijuridicidad y Culpabilidad

5.1 Antijuridicidad

En relación a este delito, pareciera que el tema de la justificación es un tanto complejo. No hay lugar a dudas, que pueden plantearse como causales de justificación frente a hechos en particular, el estado de necesidad al cual hace referencia la misma norma de manera expresa al indicar "sin que la revelación fuera necesaria para salvaguardar un interés superior". el ejercicio legítimo de un derecho o el cumplimiento de un deber.

Así, frente a los médicos pueden darse diversas situaciones que podrían ser justificadas a pesar de violentarse el contenido del artículo 170 del Código Penal. De esta forma, si un médico en ejercicio de su labor conoce de la comisión de un delito y lo pone en conocimiento a las autoridades competentes, entonces su actuar es típico mas no antijurídico porque actuó en cumplimiento de un deber legal. Lo anterior, dado que el artículo 2048 del Código Judicial señala que:

Artículo 2048: Toda persona que preste servicios en una clínica, hospital o centro de salud público o privado, avisará de inmediato al funcionario de instrucción sobre la admisión o atención de personas con heridas o señales que indiquen haberse cometido un hecho delictuoso".

En concordancia con este artículo, el Código Penal en el artículo 342 dispone:

Artículo 342: “El servidor público que, en ejercicio de sus funciones, tenga conocimiento de la ejecución de un hecho punible que dé lugar a procedimiento de oficio y omita dar cuenta de ello a la autoridad competente, será sancionado con veinticinco a cien días multa”.

Es entonces, incuestionable que la ley obliga al médico a quebrantar el secreto profesional ante el conocimiento de la comisión de un delito, el cual debe denunciar, es por ello, que en este caso se justificaría su actuar en base a la causal de justificación contenida en el artículo 19 del Código Penal. En este sentido, la Ley 38 de 10 de julio de 2001, que reformó la Ley 27 de 1995 que creó el delito de violencia domestica y maltrato al menor dispone en el artículo 215 E, la obligatoriedad de particulares y funcionarios públicos de denunciar aquellos casos de violencia doméstica o maltrato al menor que conozcan en razón del ejercicio de sus funciones, en este entran igualmente los médicos.

Frente a los casos de Síndrome de Inmunodeficiencia Adquirida (SIDA), la Ley N° 3 del 5 de enero de 2000 **denominada “Ley General sobre las Infecciones de Transmisión Sexual, el Virus de la Inmunodeficiencia Humana y el Sida”**, regula específicamente lo referente a qué debe realizar el profesional de la medicina cuando se le presente o descubra que el paciente presenta este diagnóstico.

Si bien hemos indicado que le corresponde al médico el deber de mantener el secreto que ha conocido con ocasión del ejercicio de su profesión, la ley antes citada entre otras cosas reconoce la confidencialidad del paciente de sida y otras enfermedades de transmisión sexual, en este sentido, en el artículo tercero como disposición general define qué es información confidencial y expresa que es “aquella limitada a la persona afectada y al personal involucrado en su atención”.

En el artículo quinto de la misma Ley, esta señala sobre el resultado de las pruebas de diagnóstico no solo en los casos de VIH sino también en cualquier tipo de enfermedad de transmisión sexual que: “

Artículo 5: “El resultado de la prueba para el diagnóstico clínico “de las infecciones de transmisión sexual, del virus de la inmunodeficiencia humana y del sida, **será confidencial.**

Con las excepciones previstas en esta Ley, la prueba para el diagnóstico de las infecciones de transmisión sexual, del virus de la inmunodeficiencia humana y del sida, deben realizarse con el consentimiento de la persona o su representante legal”. (lo resaltado es nuestro)

Como ya lo hemos indicado, este deber surge debido a la protección del derecho a la intimidad individual, que en los casos de enfermos de SIDA sobre todo pareciera aún más necesaria, dado pues, a las discriminaciones a las que son objeto los enfermos por parte de la sociedad. Sin embargo, como bien lo señala el artículo quinto existen excepciones, las cuales las encontramos en el artículo 21 de la misma ley, el cual es del siguiente contenido:

Artículo 21: "Toda persona diagnosticada con infección de transmisión sexual, con el virus de la inmunodeficiencia humana o con el sida, deberá recibir atención integral oportuna y en igualdad de condiciones, tanto en la entidad pública como en la privada, **y deberá respetársele la confidencialidad como paciente.** Además, se proveerá a la persona infectada, la orientación e información necesarias. **las que deberá, obligatoriamente, facilitarles a sus contactos, así como la forma de hacerlo, a fin de interrumpir la cadena de transmisión.**

Por ende, la Ley N° 3 del 5 de enero de 2000, establece la obligatoriedad, luego de conocido el diagnóstico, tanto para el médico como para el paciente de informar a todas aquellas personas con quienes haya mantenido contacto sexual de la situación, con el fin de interrumpir la cadena de infestación, así como también se debe informar a los demás profesionales que de alguna manera intervenga en el tratamiento del paciente a fin de que tomen las precauciones del caso.

Lo anterior también se encuentra contenido en el artículo 34 de la ley general que dice:

Artículo 34. Con las excepciones establecidas por esta Ley, **la confidencialidad es un derecho fundamental de la persona enferma o portadora de infección de transmisión sexual o del virus de la inmunodeficiencia humana. Nadie podrá, pública ni privadamente, hacer referencia a estos padecimientos, sin el previo consentimiento del paciente o la paciente, excepto para las cónyuges, los cónyuges, los compañeros y las compañeras de actividad sexual, así como para los representantes o las representantes legales de menores, La persona portadora de infección de transmisión sexual o del virus de la**

inmunodeficiencia humana o, en su defecto, su representante legal, tiene el deber de comunicar su situación, a sus contactos y a las personas en riesgo de contagio. De lo contrario, las autoridades de salud procederán a notificarlos.(lo resaltado es nuestro)

Vemos claramente cuáles son las excepciones que establece la propia ley, la cual a pesar de ello, señala a lo largo de su articulado que la confidencialidad es un derecho fundamental del paciente con SIDA, sin embargo, se debe por razones de salud pública, informar a quienes se encuentren en riesgo del diagnóstico de la persona infectada con el virus, mas no se impone el deber de informar lo anterior a otras personas, como por ejemplo a los compañeros de trabajo a menos que sea necesario por la clase de labor que se realiza, sin embargo, la propia ley frente a esta situación le impone al patrón el deber de sigilo, el artículo 38 es el que dispone lo antes citado y al respecto señala que:

Artículo 38: El trabajador o la trabajadora no está obligado a informar a su patrón ni a sus compañeros o compañeras de trabajo, acerca de su estado de infección con el virus de la inmunodeficiencia humana. Cuando sea necesario comunicarlo, el trabajador o la trabajadora podrá informarlo a su patrono, quien deberá guardar confidencialidad del caso; y procurar, si fuera necesario, cambiar las condiciones de trabajo para el mejor desempeño de sus funciones, según el criterio médico. (lo reslatado es nuestro)

Concluimos entonces, que de quebrantarse el secreto profesional por parte del empleador al mismo se le aplicaría lo dispuesto en el artículo 170 del Código Penal.

Ahora bien, esta misma ley expresa como contravención a la misma en el artículo 45 la **“omisión de notificar, que corresponde a la persona que, de acuerdo con lo establecido en el Código Sanitario y las normas del Ministerio de Salud, para fines epidemiológicos, se encuentra obligada a denunciar ante el Ministerio de Salud, los resultados de una infección de transmisión sexual o del virus de la inmunodeficiencia humana, y que no lo haga”**.

Es decir, que en estos casos, obviamente, va a prevalecer el interés colectivo o bien el interés ajeno sobre el derecho a la intimidad del paciente, si se encuentra en juego la salud o la vida de terceras personas.

Cabe plantearse como se resolvería el caso de un paciente con esta enfermedad que confiesa a su médico, que a pesar de conocer su afección no pretende comunicarlo a su pareja, ni tomar las medidas pertinentes para cuidar la integridad de esta o bien se conoce que la persona mantiene relaciones sexuales con otras sin tomar las precauciones del caso. A nuestro entender, el médico en un caso como el expuesto por lo desarrollado en la Ley Nº 3 de 2000, se vería obligado a quebrantar el deber de sigilo en aras de salvaguardar la salud de otros, por lo tanto, su conducta no sería antijurídica, ya que a nuestro juicio actuaría amparado por el cumplimiento de un deber, ya que es la misma

ley la que le impone el deber de información frente a esta clase de diagnóstico, ya que de no hacerlo incurriría en el delito tipificado en el artículo 254 del Código Penal que dice:

Artículo 254: El médico que omita denunciar a la autoridad correspondiente algún caso de enfermedad cuya notificación es obligatoria, será sancionado con 20 a 100 días multa.

Habría que recurrir a las normas que señalan cuáles son estas enfermedades a fin de poder corroborar ante la enfermedad que se le presenta si el médico actuó al divulgar la información amparado por el cumplimiento de un deber o no. En nuestro país, las enfermedades que son de obligatoria notificación están detalladas en el Decreto Ejecutivo N° 268 del 17 de agosto de 2001.

Lo cierto, es que van a existir situaciones concretas en las cuales el médico pueda revelar lícitamente un secreto profesional, lo que va a depender del caso en particular que se presente.

El deber de sigilo del abogado, surge precisamente del derecho de defensa de su cliente, al igual que el médico el abogado está obligado a no quebrantar la confianza que ha depositado en él su cliente, sin embargo, pueden existir excepciones, ya que si el letrado conoce de los planes de su cliente para cometer un homicidio y revela su intención a un tercero, su acción sería lícita ya que se justificaría la misma en base a la concurrencia del estado de necesidad como causa de justificación.

5.2 Culpabilidad

La existencia de la capacidad de culpabilidad del sujeto activo, es incuestionable.

Sobre el conocimiento de la antijuridicidad, existirá el error de prohibición en aquellos casos en los cuales el sujeto activo desconozca la existencia de la prohibición ya sea por ignorancia o por una errónea comprensión de la ley penal, o bien porque crea actuar amparado por una causa de justificación, siendo así, de ser invencible, ello anularía la culpabilidad al no existir el conocimiento de la antijuridicidad de ser invencible si es vencible sería sancionado pero con penalidad atenuada.

En cuanto a la no exigibilidad de otra conducta podrían concurrir las contempladas en nuestro ordenamiento jurídico, es decir, un estado de necesidad inculpante cuando la situación verse sobre bienes jurídicos de igual valor, o bien la a coacción moral, cuando la revelación se verifica como consecuencia de la amenaza de un mal actual y grave y, podría de la misma forma presentarse la obediencia debida si se cumple con los requisitos de ley.

6. Consecuencias Jurídicas

La norma para este delito tiene previsto una pena principal alternativa de diez (10) meses a dos (2) años de prisión o de treinta (30) a ciento cincuenta (150)

días multa, lo que significa que el juzgador al imponer la sanción correspondiente puede escoger entre la pena de prisión u la pena pecuniaria.

A su vez, prevé la inhabilitación para el ejercicio del oficio, empleo, profesión o arte hasta por un periodo de dos (2) años, que rige una vez cumplida la pena principal impuesta.

Con relación a la agravante que se señala en el párrafo segundo del presente artículo, la misma será efectiva si la persona que viola el secreto es un servidor público que tiene acceso a la información en razón de una de las medidas de prevención del delito de blanqueo de capitales, medidas que están descritas en la Ley 42 de 2000, la cual frente al secreto profesional en el artículo 3 específicamente señala que no cometerá este delito quien revele información a la Unidad de Análisis Financiero obtenida por una relación de índole profesional aunque se haya pactado la confidencialidad vía contrato o por cualquier disposición legal o reglamentaria.

Para este caso en particular, la pena se aumentará hasta el doble, agravación que se aplicará a todas las penas previstas por la norma.

El artículo 171 del Código Penal señala que es necesario para proceder penalmente que se presente querrela de la parte agraviada, lo que lo hace un delito de acción privada. Lo anterior constituye una condición objetiva de perseguibilidad o procedibilidad que de acuerdo a MUÑOZ CONDE y GARCÍA ARÁN son “las que condicionan no la existencia del delito sino su persecución

procesal, es decir, a la apertura de un procedimiento penal". (MUÑOZ CONDE Y GARCÍA ARÁN en: ARANGO DURLING, Op. Cit., p. 170)

Como lo explica GILL SUAZO "una condición objetiva de perseguibilidad nada tiene que ver con la existencia del delito ni con la responsabilidad de sus agentes, pues es una exigencia procedimental sin la cual el proceso no puede iniciarse válidamente". (GILL SUAZO, Op. Cit., p. 64)

En otras palabras, necesariamente se requiere para poder iniciarse la investigación que la parte agraviada presente la querrella, ya que este delito no es perseguible de oficio, es por ello que aún cuando la autoridad tenga conocimiento de la comisión de este delito, el mismo no podrá investigarse si no se ha presentado la querrella respectiva.

El concurso de delitos es posible, sobre todo cuando con la revelación se cometa también agravios al honor del sujeto pasivo como por ejemplo en aquellos casos en que se tergiverse la información, lo cual deberá resolverse a través de las reglas del concurso ideal de delitos.

7. El Secreto Profesional en el Código Penal de 2007

En el nuevo Código Penal, no encontramos una norma específica que tipifique el delito de violación del secreto profesional, por lo que podemos concluir que esta conducta fue despenalizada en lo que respecta al conocimiento de información privilegiada o bien secreta, como producto del ejercicio de un arte, profesión, empleo u oficio.

Somos del criterio que lo anterior se debe a que esta nueva legislación penal, establece como postulados básicos en el Libro I, Capítulo I del Código Penal la doctrina del principio de intervención mínima, es así que en el artículo 2 y 3 señala que:

Artículo 2: En este Código solo se tipifican aquellas conductas y comportamientos cuya incriminación resulten indispensables para la protección de los bienes jurídicos tutelados y los valores significativos de la sociedad, y de acuerdo con la política criminal del Estado.

Artículo 3: La legislación penal solo debe intervenir cuando no es posible utilizar otros mecanismos de control social. Se instituye el principio de su mínima aplicación.

Por lo tanto, el legislador al omitir esta conducta delictiva dentro de la nueva legislación penal, consideró con fundamento en los postulados antes citados, que la misma no es de tal relevancia o bien que la afectación al bien jurídico no es de gran trascendencia, y por ende, la eliminó del catálogo de delitos, decisión que no compartimos como lo veremos al analizar este texto legal más adelante.

B. Consideraciones Especiales en torno al artículo 171-A del Código Penal.

El artículo 171-A fue adicionado al Código Penal mediante el artículo 3 de la Ley 39 de 19 de julio de 2001, el cual se dirige a sancionar la conducta de revelación del secreto dentro de las empresas mixtas, es decir, aquellas en las cuales el Estado tiene participación, sean estas públicas o privadas.

El artículo 171-A del Código Penal establece que:

Artículo 171-A: “El servidor público o el particular que como empleado, directivo o miembro de una junta u órgano de administración de cualquier entidad pública o privada en que el Estado tenga participación económica, haga uso indebido de la información que haya conocido por razón o con ocasión de sus funciones, con el fin de tener provecho para si o para un tercero, incurrirá en prisión de 2 a 6 años e inhabilitación para ejercer funciones públicas por el mismo término de la pena principal”.

Este artículo se fundamenta en la figura del secreto profesional analizada previamente, al disponer que el sujeto activo obtenga el conocimiento de la información precisamente por la función que ejerce dentro de la empresa, por ello solo realizaremos algunas anotaciones.

Con referencia al sujeto activo, nos encontramos ante un delito especial, toda vez que se requiere tener la calidad de servidor público o bien puede ser un particular pero debe tratarse de un empleado, directivo o miembro de una junta u órgano de administración.

El verbo rector de esta norma es “hacer” uso indebido de la información, por tanto la conducta típica se consumará una vez la persona haga un uso inapropiado de la información que ha conocido por su condición de miembro de la empresa que se trate. Ahora bien, consideramos que el legislador al referirse al uso indebido ha dejado abierta la posibilidad de que puede ser cualquier uso contrario al que previamente se haya establecido por parte de la empresa, lo que obviamente por la ubicación que tiene, debe tratarse de una revelación de secreto, que por ende, debe traer como consecuencia un perjuicio para la

entidad y un provecho para el sujeto activo. De la misma forma, cabe señalar que el conocimiento de la información de la que se hace el uso indebido debe ser conocida como consecuencia de la función que se desempeña, para lo cual deberá indudablemente recurrirse a la contratación realizada con el empleado o funcionario.

En cuanto al sujeto pasivo, en este caso lo será la entidad pública o privada en la cual el Estado tiene participación económica sobre la cual se hace uso indebido de su información.

De la misma forma el objeto material sobre el cual recae la conducta lo es la información de la que se hace el uso inapropiado, la cual si bien la norma no dice que deba tratarse de un secreto asumimos que por su ubicación debe ser clasificada o al menos tratarse de información sensible, ya que indudablemente debe perjudicar los intereses de la empresa.

En lo que se refiere al tipo subjetivo, se trata de una conducta dolosa en la cual podría concurrir un error de tipo en aquellos casos en que se yerra sobre la misma revelación, ya que puede suceder que el sujeto activo haya hecho la revelación desconociendo que se trata de una información de tipo confidencial, lo cual anularía el dolo y por ende, la conducta sería atípica al no configurarse el tipo subjetivo, igualmente por no preverse su sanción a título culposo en nuestro ordenamiento jurídico de tratarse de un error de tipo vencible la misma manera no sería punible.

En materia de justificación, podría verificarse el cumplimiento de un deber cuando por ejemplo se tenga información de la comisión de un delito como lo puede ser el lavado de dinero, frente a la cual la Ley 41 de 2000 de manera expresa establece que en estos casos la conducta no será punible, es decir, que se justifica la revelación del secreto, siempre y cuando se cumpla con los requisitos de ley. Mas no podría hablarse de legítima defensa, ni ejercicio legítimo de un derecho ante este tipo penal, sin embargo, sería posible el estado de necesidad dependiendo de la situación en particular que se trate.

En lo que concierne a la culpabilidad, podría ser inculpable la conducta de quien desconozca la prohibición, surgiendo un error de prohibición que anula el conocimiento de la antijuridicidad, y que de ser vencible la conducta no podría ser reprochada y de ser invencible sería sancionado pero en forma atenuada.

En cuanto a la no exigibilidad de otra conducta consideramos que puede darse cualquiera de los supuestos de inculpabilidad que ya desarrollamos previamente al analizar el tipo penal del secreto profesional.

Este tipo penal a nuestro parecer admite la tentativa, la cual se regirá de acuerdo a las reglas generales que establece el Código Penal para ello. Así, también admite la participación criminal, y será autor quien use indebidamente la información conocida como producto de las labores que ejerce dentro de la empresa pública o privada.

La norma establece una sanción mínima de dos (2) años y una pena máxima de seis (años) e inhabilitación para el ejercicio de funciones públicas por igual término de la pena principal. De la misma forma, la Ley 41 de 2000 sobre Blanqueo de Capitales dispone un aumento de hasta el doble pena cuando se trate de un servidor público que revele una información obtenida en razón de una de las medidas de prevención para este tipo de delitos.

IV. Consideraciones Finales

La intimidad como bien jurídico objeto de protección penal, se manifiesta en diferentes ámbitos o medios, entre estos encontramos los documentos. La legislación penal de nuestro país, tutela este tipo de intimidad a través de la protección a la correspondencia, la cual como lo pudimos constatar, al analizar los aspectos relevantes del derecho a la intimidad, está elevada a la categoría de derecho fundamental.

Del mismo modo, podemos concluir que hoy en día más que proteger el libre desarrollo de la correspondencia, lo que se protege es la información personal que en la misma se encuentra recogida, de ahí pues que se considere que al vulnerar la misma en cualquiera de sus formas lo que se violenta finalmente es la intimidad de las personas.

Estas figuras delictivas las encontramos en los artículos 166, 167 y 168, las cuales tratan de los delitos de violación de correspondencia, supresión de correspondencia, publicación indebida y violación del secreto profesional.

Como lo constatamos al realizar el análisis dogmático de los diferentes tipos penales, estos son delitos con elementos comunes en el tipo objetivo tales como sujetos activos simples o comunes, el objeto material básicamente de todos los tipos penales es la correspondencia en forma general exceptuando el de publicación indebida el cual además de la correspondencia, establece como objeto material del delito a los papeles o las grabaciones.

Así también vale comentar, que el tipo subjetivo de todos es doloso, ya que nuestra legislación no prevé su comisión a título culposo. En cuanto a la formas de aparición admiten estos delitos la tentativa, sin embargo, consideramos oportuno advertir, que en el delito supresión de correspondencia por la multiplicidad de acciones que contiene este tipo penal, ello puede llevar a confusiones al momento de definir la tentativa, toda vez que pudieran surgir problemas de interpretación, de allí que somos del criterio que debe simplificarse su redacción.

En cuanto a la antijuridicidad y la culpabilidad, consideramos que puede darse cualquiera de las causas de justificación que contiene nuestra legislación actual, y en lo que se refiere a la culpabilidad se debe determinar la existencia de todos los elementos que la configuran. Ahora bien, es oportuno establecer que frente a la legislación actual, el error de prohibición no puede ser alegado o reconocido en virtud del contenido del artículo 6 del Código Penal actual que prescribe que "el desconocimiento de la ley no exime de responsabilidad penal al que la infringe", por ende, debido a la estructura de la legislación actual que es

de tipo causalista, no se puede argumentar que no existe conocimiento de la antijuridicidad por error de prohibición.

Con relación al secreto profesional, este es un delito que se comete en virtud de una relación previa de tipo profesional con el sujeto pasivo del delito, por lo que a través de este tipo lo que se protege es la reserva, confidencialidad del secreto de la información obtenida a través de medios lícitos, la cual por su contenido es íntima.

Este delito por su estructura requiere que el sujeto activo tenga una cualidad especial, es decir, que se trata de un sujeto activo calificado, ya que el artículo 170 del Código Penal vigente requiere que la información sea obtenida en virtud de un oficio, empleo, profesión o arte.

Para que se configure la lesión al bien jurídico de la intimidad, basta que la información sea transmitida a una sola persona, siendo indiferente el medio que se utilice para ello. Se debe probar el perjuicio ocasionado ya que el artículo 170 del Código Penal contiene como uno de los elementos del tipo objetivo la posibilidad de que con la revelación se pueda causar daño, de allí que deba probarse el daño sea este patrimonial, emocional, moral o social.

Se trata también de un delito de tipo subjetivo doloso, cuyo objeto material lo es el secreto que tenga contenido íntimo cuya revelación lesione el bien jurídico protegido que es la intimidad.

Como lo analizamos, las profesiones como las de abogado, médicos y sacerdotes existe el llamado deber de sigilo, estas como vimos se encuentran debidamente reglamentadas y por tanto, existen normas específicas que así se lo demandan a estos profesionales. Sin embargo, existen otras profesiones u oficios que no están debidamente reglamentados, pero que por las características que presentan y el contenido de su oficio, se puede inferir que existe el deber de reserva, que de ser violentado, traería como consecuencia la infracción del este tipo penal.

Del mismo modo, el artículo 171-A contiene este delito pero dirigido a personas específicas como lo son: servidores públicos, o particular o empleado, directivo o miembro de empresa privada o pública, en las que tenga participación económica el Estado y los cuales hagan uso indebido de la información que hayan conocido como producto del ejercicio de sus funciones.

Este delito mantiene las mismas características que el tipo anterior, cambiando únicamente en lo que respecta al sujeto activo y pasivo, ya que fue creado para ciertas empresas en particular, y solo puede ser cometido por las personas con las cualidades específicas señaladas en la misma norma.

Como lo hemos indicado anteriormente, este tipo penal fue despenalizado en el Código Penal de 2007.

SECCION TERCERA: LA TUTELA PENAL DE LA INTIMIDAD DE LAS TELECOMUNICACIONES, EN LOS DELITOS DE GRABACIONES INDEBIDAS Y ESCUCHAS TELEFÓNICAS.

I. Introducción

El derecho a la intimidad, en nuestra legislación se ve protegido a través de la tutela constitucional y penal de la inviolabilidad de las comunicaciones escritas y del domicilio, medios en los que se desarrolla la misma, de los cuales el primero de ellos fue analizado previamente al tratar el tema de la intimidad documental en la sección anterior.

Pero como ya lo hemos indicado, debido a los avances tecnológicos, el derecho se ha visto en la necesidad de tutelar la intimidad dentro de otras formas de comunicación, como lo son las telecomunicaciones específicamente la intimidad de las conversaciones telefónicas, derecho que está reconocido a nivel internacional tanto en la Convención Americana sobre Derechos Humanos y el Pacto de Derechos Civiles y Políticos por mencionar algunos.

En la actualidad, cada vez se hace más frecuente la violación al secreto de las comunicaciones, puesto que la tecnología ha desarrollado una serie de procedimientos, que hacen de esta una forma de intromisión imperceptible. De ahí que el derecho a la intimidad se erija como la afirma MORALES PRATS "en un instrumento para la realización de una nueva dimensión de la libertad genérica del individuo, que en el caso concreto de la libertad de expresión privada, a través de determinados medios de comunicación se traduce en garantía de confidencialidad o secreto". (MORALES PRATS, Op. Cit., p. 307)

De ahí entonces, que sea conveniente, no solo como ya lo hemos indicado que se tutele expresamente a la intimidad como bien jurídico protegido en nuestra legislación nacional, sino que también dada la importancia de proteger la llamada libertad de expresión privada, como lo denomina el autor antes citado, se especifique en las normas penales todas las posibilidades de intromisión en el ejercicio y disfrute de este derecho fundamental.

En el derecho nacional, el artículo 29 de la Constitución Política establece como derecho fundamental además de la inviolabilidad de la correspondencia, la inviolabilidad de las telecomunicaciones cuando indica en su párrafo tercero que:

“...Todas las comunicaciones privadas son inviolables y no podrán ser interceptadas o grabadas, sino por mandato de autoridad judicial.

El incumplimiento de esta disposición impedirá la utilización de sus resultados como pruebas, sin perjuicio de las responsabilidades penales en que incurran”.

Vemos entonces, como el Estado a través de la citada excerta legal garantiza a todos los asociados también la confidencialidad de sus comunicaciones, lo cual constituye un derecho fundamental de todos los ciudadanos. Vale destacar, que su contenido se amplió a partir del Acto Legislativo de 2004, mediante el cual se introdujeron reformas al citado artículo, ya que antes de la reforma el artículo 29 de la Constitución Nacional limitaba su protección únicamente a las comunicaciones telefónicas privadas,

ampliandose a partir de la reforma del 2004 a las comunicaciones privadas en general

El secreto de las comunicaciones esta relacionado estrechamente con el derecho a la intimidad asi de este modo tal cual lo expone RODRIGUEZ RUIZ el secreto de las comunicaciones es un aspecto de la intimidad que tiene fronteras conceptuales propias y puede por tanto ser reconocido como un derecho autonomamente el cual debe ser tratado y estudiado como un aspecto de la intimidad Sigue señalando el referido autor que asi como el derecho a la intimidad se comporta constitucionalmente como garantia de libertad el derecho a la inviolabilidad de las comunicaciones funciona como una garantia de la intimidad pero aduinendo ademas la función de garantia de una gran vanedad de derechos y libertades En consecuencia somos de la opinion que la constitucionalizacion de este derecho al secreto de las comunicaciones fundamentado en el derecho a la intimidad lo que pretende es brindar una proteccion integral a la persona basada en el respeto a su dignidad y libertad (RODRIGUEZ RUIZ en REBOLLO DELGADO Op cit p 203)

Del mismo modo podemos afirmar que el carácter de secreto de las comunicaciones constituye una presuncion *iure et de iure* es decir que lo comunicado en un grupo reducido de personas es secreto Esta presunción es de carácter preventivo puesto que unicamente los intervinientes en la comunicacion pueden romperla Es asi que todos los demas sujetos sean estos publicos o privados tienen la obligacion salvo en los casos señalados en la

Constitución y en la Ley de hacer efectiva esa presunción. Por ende, la sola revelación, interceptación o conocimiento de lo comunicado lesiona este derecho. Por ende, concluimos que la inviolabilidad de las comunicaciones constituye un medio concreto de lesión a la intimidad, la cual viene a ser el objeto de protección, independientemente de su contenido material puesto que toda comunicación viene a ser secreta sin que sea relevante cuál es su contenido.

Ahora bien, cabe señalar que si bien el secreto de las comunicaciones es un derecho reconocido a nivel constitucional el mismo no es un derecho absoluto, puesto que siempre se presentarán situaciones en las que los derechos fundamentales deben subordinarse a intereses de carácter general.

Fundamentado en lo anterior, nuestra norma constitucional prevé una excepción en su ejercicio, que es cuando las mismas deban ser intervenidas por mandato de autoridad judicial, para lo cual la autoridad respectiva de acuerdo al texto de la norma constitucional, deberá cumplir con una serie de requisitos a fin de lograr que la intervención de las comunicaciones pueda tener validez dentro del proceso penal respectivo como medio de prueba, pues de verificarse la misma sin la observancia de los mismos, ello viciaría de ilicitud la prueba al verse vulnerado un derecho fundamental.

Esta excepción encuentra su explicación en el hecho de que si bien los derechos inherentes a la personalidad como lo es el derecho a la intimidad,

deben ser celosamente tutelados y respetados dentro de un Estado democrático de derecho. lo anterior no es óbice para que se desconozcan los derechos del conglomerado social, los cuales pueden verse afectados ante una situación en particular y exigen en un momento dado una disminución en la rigurosidad de su aplicación, ya que de lo contrario ello conllevaría a ignorar lo dispuesto en el artículo 17 de la Constitución Nacional que impone la obligación a las autoridades de la República a proteger tanto a nacionales como a extranjeros en su vida, honra y bienes.

En este sentido, existe jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia, en la cual nuestra más alta corporación de justicia se ha pronunciado sobre la tutela de la intimidad de las comunicaciones y los requisitos que deben cumplir las autoridades a fin de poder intervenirlas en debida forma, de acuerdo a lo que prescribe la Ley. Es así que en fallo del 19 de marzo de 1999, del Pleno de la Corte Suprema de Justicia, dentro de una demanda de inconstitucionalidad interpuesta contra el artículo 29 de la Constitución Nacional expresó que :

“...Ahora bien, se está ante un problema de interpretación de la Ley constitucional. Si se observa muy bien el primer párrafo consagra la garantía de la inviolabilidad de la correspondencia y de los documentos privados, pero a título de excepción justifica los casos en que una autoridad competente pueda interceptar o examinar la correspondencia y documentos privados.

Sin embargo, por constituir este acto de ocupación una severa invasión o violación a la vida privada, se limita el poder otorgado al Estado en ese sentido y se le exige cumplir

ciertos requisitos para ejercerlo, tales como: a) que el acto esté revestido de formalidades legales; b) el deber de especificar claramente su propósito; c) guardar absoluta reserva de los aspectos distintos al objetivo de la ocupación o receptación del documento privado". (www.organojudicial.gob.pa)

De la misma forma en Sentencia anterior del 26 de agosto de 1997, el Pleno de la Corte Suprema de Justicia además de lo antes citado señaló que:

"a manera de conclusión podemos afirmar que en nuestro país el derecho a la intimidad comprendido en el artículo 29 de la Constitución, relativo a la inviolabilidad de la correspondencia y las comunicaciones privadas, puede ser objeto de limitaciones en el transcurso de la investigación de los delitos, pero ello sólo es posible como un recurso excepcional para obtener fuentes de prueba en el que las actuaciones de la autoridad competente deben quedar supeditada a un control efectivo, que se traduce en los presupuestos que debe observar, como los señalados anteriormente, para no sacrificar derechos fundamentales". (www.organojudicial.gob.pa)

El tema sobre las intervenciones telefónicas ha sido muy debatido en el ámbito forense, es así que, antes de la reforma constitucional de 2004, el punto de discusión se centraba en si la norma constitucional permitía o no como en el caso de las correspondencia y documentos privados, el examen o la escucha de las conversaciones privadas por una autoridad competente, reconociendo la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia la potestad al Procurador General de la Nación de ordenar la intervención de las llamadas telefónicas, señalando que el mismo es una autoridad competente.

En este sentido el Texto Unico de Drogas (Ley 23 de 1986 y Ley 13 de 27 de julio de 1994) en su articulo 26 desarrolla la excepcion ya establecida en la norma constitucional reconociendole la facultad al Procurador General de la Nacion de ordenarla cuando dice que

Articulo 26 Cuando existan indicios de la comision de un delito grave el Procurador General de la Nacion podra autonzar la filmación o la grabacion de las conversaciones y comunicaciones telefonicas de aquellos que estén relacionados con el ilcito con sujecion a lo que establece el articulo 29 de la Constitucion Nacional

Las transcripciones de las grabaciones se haran en un acta en la que solo se incorporara aquello que guarde relacion con el caso investigado y sera refrendado por el funcionario encargado de la diligencia y por su superior jerárquico

El articulo antes citado establece varios requisitos a fin de que el acto revista de la legalidad necesaria al tratarse de una intromision al derecho a la intimidad de las personas como lo es 1) que exista indicios de la comision de un delito 2) que el delito sea grave 3) que sea autonzado por el Procurador General de la Nacion y 4) que las grabaciones y filmaciones esten relacionadas con el delito que la motivo para lo cual debe observarse el contenido del articulo 29 de la Constitucion Nacional

Una vez se efectuan las reformas a la Constitución Nacional en el articulo 29 se modifica la expresion autoridad competente por la de autoridad judicial lo cual generó debates sobre si el Ministerio Publico es una autoridad judicial o no

El Pleno de nuestra Corte Suprema de Justicia en reciente fallo del 17 de julio de 2007 resolvió esta polemica indicando al decidir una accion de inconstitucionalidad que el Ministerio Publico no es una autondad judicial por tanto no puede ordenar la intervencion de las comunicaciones privadas expresando que para ello debe solicitar autonzación de un Juez o Magistrado

Es así que refino que

El Ministerio Publico por tanto si bien realiza algunas funciones con matices junsdccionales como decretar allanamientos la aplicación de medidas cautelares entre otras ello en estricto derecho no significa que los funcionarios de instruccion tengan la categoria de funcionarios judiciales o jurisdccionales

Segun el analisis realizado no cabe la menor duda que **el articulo 29 de nuestra Carta Magna, al hablar de autoridad judicial como el unico que puede ordenar la intercepción y grabación de conversaciones telefónicas se está refinando unica y exclusivamente al Órgano Judicial entendido como tal a los jueces y magistrados de los distintos juzgados tribunales, incluso de la Corte Suprema de Justicia competentes para conocer de determinada causa excluyendo de dicha posibilidad, segun el propio querer del legislador patrio a los agentes del Ministerio Publico (Procurador o Procuradora General de la Nación, Fiscales y Personeros)**

Como ha quedado evidenciado con el estudio realizado las intervenciones telefonicas constituye a partir del Acto Legislativo N° 1 de 2004 una potestad de la autoridad judicial. Conviene precisar a manera de comentano que en el Proyecto de Reformas alCodigo de procedimiento Penal se desprende que la faculta de intervenciones telefonicas seria una atribucion como autondad judicial del juez o magistrado de garantias con lo cual viene a reforzar aun más la decision que en esta resolución se esta

tomando (El resaltado es nuestro)(Corte Suprema de Justicia de Panama (Pleno) Sentencia del 17 de julio de 2007)

El fallo anterior se da dentro del proceso penal que se le sigue a un ex fiscal de circuito al cual se le intervinieron sus llamadas telefonicas por orden de la Procuradora General de la Nacion logrando sorprenderlo de acuerdo a las investigaciones adelantadas en su contra en el preciso momento en que recibia un dinero solicitado por el mismo al familiar de un detenido que estaba a sus ordenes a cambio de otorgarle una medida cautelar distinta a la detencion preventiva

En otro orden de ideas otra norma legal que contempla la inviolabilidad de las conversaciones telefónicas y a su vez autoriza la intervencion de la mismas de acuerdo a las formalidades legales la encontramos en el articulo 6 de la Ley 31 de 1996 que regula las comunicaciones telefonicas en Panama la cual indica que

Articulo 6 Las telecomunicaciones son inviolables No podran se interceptadas ni su contenido divulgado salvo en los casos en la forma y por personas que autorice la Ley”

Por ultimo el Decreto Ejecutivo N° 21 de 1996 que reglamenta el servicio de telefonía móvil celular en nuestro país protege el derecho a intimidad de los usuarios cuando expresa que

Artículo 19: "El concesionario protegerá con la diligencia de un buen padre de familia y de conformidad a la legislación vigente, la inviolabilidad, la intimidad y el secreto de la correspondencia, mensaje u información privada, de cualquier tipo, cursada a través de sus sistema y en ningún caso autorizará la divulgación de dichas comunicaciones sin el consentimiento expreso de los interesados u orden de la autoridad competente".

Vemos pues, que la legislación patria se erige en base a los parámetros estatuidos en el texto Constitucional, a través del cual se garantiza el libre desarrollo del derecho a la intimidad a través de las comunicaciones, señalando a su vez una excepción al ejercicio de este derecho, que cabe únicamente en aquellas situaciones en que el peligro social amerite la intervención de las mismas por motivos de seguridad pública.

Para concluir esta parte introductoria, nos parece oportuno citar a FERNANDEZ ECHEVERRIA el cual precisa que no se puede confundir la intervención telefónica con el término escucha telefónica. En este sentido explica el autor que "en la primera no existe autorización para intervenir escuchando el diálogo entre dos o más interlocutores; en el segundo caso, uno o más interlocutores tiene conocimiento que el tercero escucha la conversación". (FERNANDEZ ECHEVERRÍA, 2006, p.92)

No coincidimos con el autor antes citado, toda vez que independientemente si el acto está autorizado o no, el mismo consiste en una acción de escucha telefónica, la cual a su vez constituye una intervención o interceptación de la

misma. Es así que no podemos compartir tal razonamiento, dado a que generalmente las personas a quienes se le interviene una comunicación de este tipo, desconocen por la propia naturaleza del acto la ejecución del mismo. Lo que sí es cierto, es que al ejecutar la acción sin observar los requisitos señalados por la Constitución Nacional se comete un delito debidamente penado por la Ley penal panameña.

En concordancia con lo antes planteado, el legislador patrio elevó a la categoría de delito la violación de las comunicaciones, específicamente dos conductas: la grabación indebida y la intervención o escucha de las llamadas telefónicas.

Este tipo penal lo encontramos en el Título II de los Delitos contra la Libertad, Capítulo VI que trata sobre los delitos contra inviolabilidad del secreto, expresamente en el artículo 169 que al tenor señala que:

Artículo 169: “El que grabe las palabras de otro no destinadas al público, sin su consentimiento, o el que mediante procedimientos técnicos escuche conversaciones privadas que no le estén dirigidas, será sancionado con 150 a 50 días multa”.

II. Cuestiones Comunes de estos Delitos

A. Los sujetos del delito

El sujeto activo establecido por el tipo penal es indeterminado o común, es decir, que la norma no requiere de una cualidad específica en el mismo, por

ende, la acción penal puede ser ejecutada por cualquiera de las personas que intervengan en la conversación en el caso particular del delito de grabaciones indebidas o bien a su vez, lo puede ser un tercero ajeno a la misma.

GILL SUAZO, al analizar el sujeto activo en el delito de grabaciones indebidas anota que “es obvio que en el primer supuesto el agente puede formar parte o no de la conversación que es objeto de la grabación”. (GILL SUAZO, Op. Cit., p. 58)

En cuanto al sujeto pasivo, es decir, el afectado por la conducta ilícita, lo es aquella persona a quien se le grabe sus palabras sin el consentimiento o bien aquel o aquellos a quienes se les interviene en sus conversaciones privadas siempre y cuando dicha escucha se verifique a través de medios técnicos.

PABON PARRA, al estudiar el delito de escucha ilegales de comunicaciones, refiere que como “la conducta recae sobre una comunicación que lógicamente exige que sean dos sujetos (emisor y receptor) asumen la calidad de sujetos pasivos ambos, ya que en ellos está la titularidad del derecho a la intimidad y privacidad de lo violado”. (PABÓN PARRA, 2005, p. 750)

REBOLLO DELGADO concuerda con lo expuesto por el autor anterior cuando señala que “existen dos tipos de perjudicados, uno lo será el sujeto titular del derecho fundamental vulnerado, y otro u otros lo serán aquellos que poseen un interés legítimo. Es sujeto titular quien sufre de hecho la intromisión ilegítima y por lo tanto los son todos los intervinientes en la comunicación, ya

sean sólo los emisores o receptores o ambas cosas de forma simultánea, y también independientemente del número de participantes en la comunicación". (REBOLLO DELGADO, Op. Cit., p. 206)

En resumen, el sujeto pasivo va a ser el titular de la intimidad que vulnere en este caso lo son tanto el emisor como el receptor o bien todos aquellos que participen como parte interviniente de la comunicación.

B. Objeto Material

El objeto material sobre el cual recae la conducta típica es por un lado las palabras de otro, es decir, cualquier tipo de manifestación que realice una persona ya sea dentro de una conversación o algún otro evento las cuales no estén destinadas al conocimiento de terceros o bien no estén destinadas a ser publicitadas.

En el caso de las escuchas indebidas, la norma penal hace referencia a que las mismas sean privadas, es decir, que se den dentro de un círculo reducido de personas, acción que como ya lo hemos puntualizado debe verificarse mediante procedimientos técnicos. Consideramos que al requerir la norma que se realice mediante este medio, obviamente la intención del legislador era el de proteger las comunicaciones telefónicas.

La norma constitucional que sirve de fundamento a la creación de este tipo penal hace mención expresamente de las comunicaciones privadas, de allí nuestra conclusión de que lo que realmente buscó el legislador proteger era las

conversaciones de tipo telefónico, aunque hoy en día el desarrollo tecnológico incluye otro tipo de comunicaciones.

Por comunicaciones comúnmente se entiende, cualquier medio a través de los cuales las personas intercambian ideas o mensajes. El Diccionario de la Real Academia de la Lengua lo define como "hacer partícipe a otro de lo que uno tiene o descubrir, manifestar o hacer saber a uno alguna cosa". ((DICCIONARIO OCEANO UNO)

Hoy en día no puede hablarse únicamente del tipo de comunicación escrita, sino también de comunicación tipo oral e inclusive a través de imágenes, sonidos o la combinación de ambos, ya que la tecnología nos ofrece un sinnúmero de posibilidades de comunicación.

Es por ello, que el objeto material que contiene este artículo es muy limitado frente a estas nuevas modalidades de comunicación, toda vez que solo hace referencia a escuchar conversaciones, lo cual es insuficiente frente a todos los avances que existen en la actualidad, en donde la comunicación se puede realizar a través de los llamados *chats*, que son conversaciones simultáneas que se ejecutan ya sea a través de la red e inclusive con los teléfonos celulares.

De ejecutarse una acción relativa al acceso de cualquiera de estas nuevas formas de comunicación, nuestra normativa penal no podría hacerle frente en virtud, que no se podría encuadrar el objeto material que contiene el artículo 169

del Código Penal a estas formas nuevas de comunicación, por tanto, la conducta a nuestro entender sería atípica.

C. Tipo Subjetivo

Ambas conductas analizadas son dolosas, dirigidas a vulnerar la intimidad. Así lo señala GILL SUAZO, el cual indica que “no hay dificultad en reconocer que se trata de un delito doloso dirigido a vulnerar el derecho a la intimidad de otro”, es decir, que el tipo subjetivo implica la realización de la conducta con conciencia y voluntad de la realización de todos los elementos objetivos del tipo. (GILL SUAZO, Op. Cit., p. 60)

En este mismo orden de ideas, MUÑOZ POPE y ARANGO DURLING añaden que “basta la presencia de un dolo genérico, ya que la norma no exige ninguna finalidad o propósito ulterior en el agente”. (MUÑOZ POPE y ARANGO DURLING, Op. Cit., p. 189)

RUIZ MARCO explica que “el elemento subjetivo de lo injusto consiste en el ánimo específico de vulnerar la intimidad del sujeto pasivo, lo que constituye el auténtico *leit motiv* del precepto, pues la interceptación o utilización ha de hacerse para ello”. (RUIZ MARCO, Op. Cit., p. 72)

Dado que el presente análisis lo realizamos en base al derecho fundamental de la intimidad, debemos señalar que el sujeto activo debe actuar movido por el deseo de descubrir los secretos o vulnerar la intimidad de otros, en ambas conductas penales.

Cabe resaltar que en ambos casos, basta tan solo el conocimiento del contenido de la comunicación para que se configure el elemento subjetivo del tipo penal, ya sea de las palabras no destinadas al público o bien de la comunicación telefónica, ahora bien, ROMEO CASABONA es de la opinión que “la captación ha de recaer sobre un secreto de carácter personal, esto es, sobre un hecho que su titular ha querido dejar fuera del alcance de los demás o tan sólo accesible a un número limitado de personas”. (ROMEO CASABONA, Op. cit., p. 100)

Nuestra posición frente a lo señalado por el autor es distinta, toda vez que en el caso de nuestro país, las normas que protegen el secreto de las comunicaciones solo nos indican al describir la conducta típica que el sujeto activo grabe o bien escuche las conversaciones de otro a través de la utilización de medios técnicos, por ende, como lo argumentamos al inicio de este capítulo el contenido de lo comunicado o bien de lo dicho no destinado a terceros es irrelevante, ya que se presume el secreto de dichas manifestaciones, limitándose su conocimiento únicamente a quienes participan de tal comunicación.

Aclarado lo anterior, debe existir en el sujeto activo de la acción penal la intención probada de vulnerar la intimidad de otro, puesto que de lo contrario no existirá este delito, siendo esta circunstancia analizada por la doctrina como una aplicación adelantada del Derecho Penal, al no ser necesario que el sujeto haya adquirido un conocimiento efectivo del contenido del secreto o íntimo; pero al

mismo tiempo, excluye del delito aquéllos comportamientos que objetivamente pueden dar lugar a una vulneración de un secreto o de la intimidad, pero no se hallan animados por tal intención. (ROMEO CASABONA, Su. Cit., p. 100)

En lo referente al error de tipo, obviamente de darse, tendrá las mismas consecuencias ya planteadas anteriormente, así si recae sobre alguna de las exigencias para que se configure la acción como por ejemplo, en el caso de las escuchas indebidas en el cual el tipo penal exige que la misma se realice mediante procedimientos técnicos, de no darse a través de la utilización de estos la conducta será atípica al faltar uno de los elementos que constituyen el tipo penal, por otro lado, si el sujeto actúa grabando las palabras de otro creyendo tener el consentimiento de quien las emite, existirá un error de tipo toda vez que el mismo obró sin dolo ya que erró al creer tener la autorización del emisor, por ende, al no existir dolo en su actuar, por no tener la intención de vulnerar la intimidad de otro, ello hace que la conducta se atípica, de ser el error invencible la conducta no puede ser sancionada por atipicidad (ausencia de dolo – tipo subjetivo), y si fuese vencible tendría que sancionarse a nivel culposo, pero al no estar esto establecido como tal expresamente por la ley penal panameña la conducta será igualmente impune .

D. Antijuridicidad y Culpabilidad

1. Antijuridicidad

El tema de la antijuridicidad frente a las conductas penales que analizamos, es en la doctrina moderna un tema de amplio debate, toda vez que, dado que el bien jurídico protegido lo es la intimidad, derecho que también es reconocido como un derecho fundamental a nivel constitucional, no existe ninguna situación, que pueda justificar la injerencia en el ejercicio de este derecho fundamental.

Sin embargo, somos de la opinión que frente al delito de grabaciones indebidamente, puede operar como causa de justificación el cumplimiento de un deber legal, eximente de antijuridicidad normada en el artículo 19 del Código Penal, lo cual se derivaría de la acción de grabar las palabras emitidas por otro sin el consentimiento debido, tal y como lo dispone la norma penal en el artículo 169 del Código Penal, siempre y cuando se trate en este caso de un servidor público que pueda alegar la eximente antes citada.

Pero, en el delito de escuchas telefónicas la situación que se plantea es muy discutible, ya que como lo señaláramos al iniciar el presente análisis, debemos partir del hecho, que el secreto de las comunicaciones está debidamente tutelado en el artículo 29 de la Constitución Nacional que se refiere a los derechos fundamentales, del cual se concluye que el objeto de protección no es otro mas que el derecho a la intimidad, aunque no se establezca de manera expresa.

Siendo así, esta misma norma constitucional demanda el acatamiento de una serie de formalidades legales a fin de que la interceptación o grabación de las comunicaciones privadas pueda ser válida. de allí entonces, que difícilmente se pueda alegar el cumplimiento de un deber como causa de justificación, ya que el acto en si, exige para su validez el cumplimiento de una serie de requisitos cuya inobservancia conlleva a que dicha acción sea ilegal y arbitraria por parte del funcionario que la ordena.

ROMEO CASABONA al analizar este tema indica que: “puesto que puede verse afectado en estos supuestos un derecho fundamental, la jurisprudencia ha insistido en la necesidad de que los funcionarios públicos realicen estas actividades con pleno sometimiento a la ley, de donde se deriva, de la misma Constitución Española, la obligatoriedad de la autorización judicial y el no archivo de aquellos registros irrelevantes para la supuesta investigación criminal, no valiendo de otro modo la sola alegación de haber obrado en virtud de obediencia debida o en el cumplimiento de un deber, al ser manifiestamente contrarios a la Constitución Española, pues han de prevalecer los derechos fundamentales sobre supuestas razones de Estado basadas en la defensa de la seguridad nacional”. (ROMEO CASABONA, Op. Cit., p. 177)

Vemos entonces que a juicio de este autor y de acuerdo a la jurisprudencia española, no se puede alegar ninguna de las causales de justificación debido a que se trata del ejercicio de un derecho fundamental, para lo cual la ley previamente establece el cumplimiento de una serie de formalidades legales a

fin de que la interrupción del goce de ese derecho pueda ser lícito. Lastimosamente en nuestro país la jurisprudencia no se ha pronunciado sobre este aspecto.

Ahora bien, cabe señalar que en el caso que el agente a pesar de actuar conforme a las formalidades legales, falta a su deber de guardar absoluta reserva de los aspectos distintos al objetivo de la escucha autorizada. el mismo deberá responder penalmente por este hecho, ya que como lo citamos en su momento, la jurisprudencia ha insistido en la necesidad de que los funcionarios públicos realicen estas actividades con pleno sometimiento de la ley, de la cual se deriva la estricta observancia de las formalidades ya señaladas.

Las demás causales de justificación que contempla el ordenamiento penal patrio, a nuestro criterio no pueden ser invocadas frente a las conductas bajo análisis, ya que los presupuestos sobre los cuales se erigen las mismas no son compatibles con los requisitos que se establecen para cada una de estas.

Ahora bien, en este punto nos parece oportuno analizar cuál es el efecto que surte el consentimiento del ofendido en la comisión de estos tipos penales.

Es nuestra opinión, que el consentimiento del sujeto pasivo opera como una causa de atipicidad en el delito específico de grabaciones indebidas, en virtud que el artículo 169 del Código Penal expresamente señala “el que grabe las palabras de otro no destinadas al público **sin su consentimiento**”, con lo cual el consentimiento viene a ser uno de los elementos del tipo objetivo, es así, que al

darse el comportamiento con la autorización del titular del bien jurídico protegido. falta entonces uno de los elementos del tipo objetivo, lo que hace la conducta atípica.

En el caso del delito de escuchas indebidamente, la situación varía, ya que el consentimiento a diferencia del tipo antes indicado, no constituye un elemento integrador del tipo objetivo, por ende, bajo esta circunstancia el consentimiento ante esta conducta opera como una causa de antijuridicidad, ya que si bien existe el desvalor de la acción, no así va a haber desvalor del resultado, puesto que no se ha afectado el bien jurídico protegido, que en este caso lo sería la intimidad, ya que como bien sabemos el desvalor de la acción y el desvalor del resultado son conceptos que en materia de antijuridicidad se encuentran estrechamente relacionados puesto que contribuyen a constituir la antijuridicidad de un comportamiento determinado.

A diferencia de nuestro criterio, ROMEO CASABONA es de la opinión que en el delito de escuchas indebidamente el consentimiento opera como una causa de exclusión del tipo y no de la antijuridicidad. “porque cuando se produce su mediación (previa o simultánea hecho) no se sustancia ningún menoscabo fáctico al bien jurídico. Esto es así porque este delito pertenece al grupo en los que junto al bien jurídico en cuanto tal se protege la libre disposición del mismo por parte de su titular”. (ROMEO CASABONA, Op. Cit., p. 98)

Ahora bien, el análisis del efecto del consentimiento que debemos realizar, va a depender del caso en concreto, de este modo si se trata de una

comunicación simultánea entre dos o más personas y una de ellas revela a terceros ajenos a la comunicación el contenido de la conversación debido a que la grabó consideramos que no concurre el tipo toda vez que el mismo es cotitular de la información reservada y por ende está legitimado para hacer uso de ella salvo que tenga el deber de sigilo en donde el tipo a aplicar sería el del secreto profesional

MUÑOZ CONDE plantea una situación distinta a la anterior y expone al analizar el consentimiento que Especial dificultad encierra aquí el consentimiento en aquellos en los que hay varios interlocutores y uno de ellos consiente en la escucha o grabación por un tercero ajeno a la conversación o el acto de intimidad. En este supuesto el consentimiento de uno de los interlocutores no justificaria el hecho e incluso cabe coautoría o participación punible del interviniente en la conversación o en el acto íntimo que consiente en su grabación sin comunicárselo a los demás (MUNOZ CONDE Op Cit p 248)

2 Culpabilidad

Como lo señaláramos anteriormente la culpabilidad requiere de tres elementos para configurarse tomando como base los postulados de la teoría finalista del delito que son la capacidad de culpabilidad el conocimiento de la antijuridicidad y la no exigibilidad de otra conducta los cuales definimos y explicamos en el primer capítulo de este trabajo

En cuanto al conocimiento de la antijuridicidad, consideramos que puede darse el error de prohibición, cuando el agente actúe con desconocimiento que su actuar está prohibido por la ley, es decir, como lo explica PEÑA CABRERA citado por ARANGO DURLING “el agente supone que su comportamiento es lícito por cuanto desconoce la existencia de una ley que lo prohíbe. Esto puede darse, por ignorancia o por una errónea comprensión de la ley”. (PEÑA CABRERA En: ARANGO DURLING, Op. Cit., p.73)

Lo anterior traería como consecuencia, a la luz de la teoría finalista del delito que la conducta no sea punible al faltar uno de los elementos que integran la culpabilidad, de probarse se trata de un error invencible, debemos recordar que el Código Penal de 1982 no establece esta clase de error, por lo que sería punible ya que este señala en el artículo 6 que el desconocimiento de la ley no exime de culpa. Como ya lo hemos expuesto, si el error es vencible la conducta no será punible al no preverse su comisión a título culposo.

En lo que respecta a la no exigibilidad de otra conducta, nuestro ordenamiento penal contempla como causas de inculpabilidad fundamentada en este elemento de la culpabilidad la obediencia debida y la coacción moral, contenidas en los artículos 35 y 37 del Código Penal respectivamente. Consideramos que como ocurre en la antijuridicidad, la discusión igualmente se ciñe a si se puede alegar o no en el delito de escuchas telefónicas la obediencia como causa de inculpabilidad.

El tipo penal de grabaciones indebidas, creemos sin lugar a dudas, que se puede invocar tanto la obediencia debida como la coacción moral, ya que pueden surgir supuestos en los que el agente actúe bajo amenaza de un mal actual e inminente, que lo obligue a ejecutar la acción ilícita tipificada por la norma, o bien pueda darse el delito bajo los supuestos de una relación de subordinación como lo exige nuestro ordenamiento penal, el cual además de esta relación de subordinación, requiere que la orden emane de una autoridad competente para expedirla y revista las formalidades legales, que el agente esté obligado a cumplirla y que no tenga carácter de una evidente infracción penal. Ahora bien, también su validez va a depender si nos encontramos ante una obediencia debida relativa, absoluta o reflexiva. Así también podría alegarse la causal de justificación del cumplimiento de un deber siempre y cuando se cumpla con los requisitos de ley.

El delito de escuchas indebidas por su parte, plantea una realidad distinta, pues para ejecutar la acción de manera lícita es menester cumplir con los requisitos que exige el artículo 29 de la Constitución Nacional tal cual lo hemos expuesto.

En el derecho penal español, la discusión se centra sobre si cabe o no la invocación de la obediencia debida como eximente. MORANT VIDAL al respecto cita el caso de las escuchas de la CESID, causa en la cual los procesados recurrieron al recurso de casación penal, ya que se alegaba la eximente de la obediencia debida. En Sentencia del Tribunal Supremo de 22 de marzo de 2001,

esta instancia judicial desestimó las argumentaciones vertidas por la defensa e indicó que:

“la obediencia debida surge cuando la orden recibida cuyo cumplimiento origina la infracción penal no es clara y manifiestamente ilícita, y que no podemos erigir la defensa de la seguridad nacional en una pre o extra jurídica razón del Estado que, en virtud de una regla no escrita y de oscura fuente, estaría destinada a prevalecer sobre las razones normativas consagradas del Estado constitucional de derecho... Como ya hemos dicho, el respeto a los derechos fundamentales es precisamente el fundamento y base constitucional de la consolidación de la paz social y del orden político. Estos objetivos corren un serio riesgo, cuando se pone en peligro o se consuma la invasión de un derecho fundamental como la intimidad, que garantiza el libre desenvolvimiento de las comunicaciones privadas entre los ciudadanos. Si degradamos estos valores y convertimos la intimidad en producto asequible, sin costos ni respuesta jurídica, a las actividades oficiales de los servicios encargados de la seguridad del Estado, estamos colocándonos fuera del marco constitucional que exige, para tener acceso a la intimidad de una persona, la correspondiente autorización judicial... No cabe obediencia debida ante una orden manifiestamente contraria a la Constitución y no se ejercita un derecho o se cumple un deber, en los casos en que la actuación que se trata de justificar, entra en colisión con bienes jurídicos ajenos de especial preponderancia, como el derecho fundamental al secreto de las comunicaciones...”. (MORANT VIDAL. Op. Cit., p. 68)

Entendemos entonces, que por requerir necesariamente la interceptación telefónica de una orden con formalidades legales previamente señaladas por la Constitución y la Ley, es inadmisibles el poder argumentar que el agente es inculpable porque actuó bajo obediencia debida, ya que la conducta afecta

directamente el disfrute de un derecho fundamental reconocido no solo a nivel constitucional sino también como un derechos humano inherente a la dignidad y personalidad del sujeto en los diferentes Convenios en materia de derechos humanos ratificados por la República de Panamá.

E. Formas de Aparición Delictiva

Se considerará como autor del hecho, de acuerdo a los supuestos presentados en la norma, a la persona que ejecute la acción de grabar las palabras de otro no destinadas al público o escuche a través de medios técnicos las conversaciones de otro. En este sentido y como comentario, un supuesto de coautoría lo podría ser por ejemplo en el delito de grabaciones indebidas cuando una de las personas de manera dolosa y previamente concertada inicia una conversación o a sabiendas que se va a tratar un tema determinado, y acuerda con un tercero la grabación de la conversación, aunque de acuerdo a la doctrina que hemos analizado previamente, autores como MUÑOZ CONDE son de la opinión que en una situación como la planteada existe coautoría, sin embargo, el autor ROMEO CASABONA señala que este por ser cotitular de la información no comete delito alguno al dar su consentimiento, y por ende, mucho menos el tercero que ejecuta la acción punible.

Igualmente, puede tener lugar la instigación así como las demás formas de participación criminal previstas en nuestra legislación.

Los delitos analizados, son considerados por los autores españoles como delitos de peligro o de acción peligrosa, ya que como lo señala ROMEO CASABONA se requiere que la acción represente un peligro para el bien jurídico protegido, es decir, para la intimidad de otra persona. Lo anterior significa entonces que no es necesario que se haya producido la lesión, ya que el tipo básico no requiere del resultado material.

Nos mostramos de acuerdo con la anterior clasificación, ya que efectivamente frente al daño producido al bien jurídico, estas normas entran dentro de los denominados delitos de peligro que se definen de acuerdo a MUÑOZ POPE como “aquellos que únicamente implican la realización de una acción que pone en peligro un determinado bien jurídico, sin que se produzca un daño real o efectivo en perjuicio del mismo”. (MUÑOZ POPE, Op. Cit., p. 47)

Sin embargo, consideramos a su vez, que son delitos de mera actividad en cuanto al resultado, puesto que se agotan con un mero comportamiento del sujeto, que en este caso sería el grabar o escuchar, sin que la norma exija alguna modificación del mundo exterior, es decir, que efectivamente se de un resultado material.

Cabe señalar entonces, que ambas conductas se consuman cuando el sujeto activo graba indebidamente las palabras de otro no dirigidas al público sin su

consentimiento o bien, escucha conversaciones privadas que no le estén dirigidas.

A nuestro juicio, ambas admiten la tentativa, ya que la conducta penal de escuchas telefónicas, el tipo exige que la misma se ejecute mediante la utilización de medios técnicos, por lo tanto, la conducta requiere de la realización de una serie de actos preparatorios a fin de realizar la acción tipificada como delito.

En el delito de grabaciones indebidas, por su parte, puede darse la tentativa por ejemplo si el sujeto es sorprendido con los instrumentos utilizados para tal fin antes de ejecutar materialmente el hecho.

III. El Comportamiento Delictivo y las Consecuencias Jurídicas del Delito de Grabaciones Indebidas

A. Conducta típica

La conducta típica en este tipo penal, de acuerdo al contenido de la norma bajo análisis, se limita a la acción de grabar las palabras no destinadas al público. Como lo indicamos al referirnos al sujeto activo de la acción penal, la misma puede ser realizada tanto por quienes participan de la comunicación o bien por un tercero ajeno a la misma.

Grabar significa "registrar sonidos por medio de un disco, cinta magnetofónica, de manera que se puedan reproducir". (DICCIONARIO OCEANO UNO).

En este supuesto, explican MUÑOZ POPE y ARANGO DURLING "el agente va a registrar las palabras en una cinta magnetofónica u otro mecanismo semejante, de forma que pueda reproducir el contenido de los mismos, sin autorización de quien emite las palabras". (MUÑOZ POPE y ARANGO DURLING, Op. cit., p. 188)

Conforme a la estructura que presenta el tipo penal, la acción descrita se consuma al momento en que se grabe las palabras no destinadas al público, por lo que debemos entender que se trata de conversaciones privadas no dirigidas a terceros siendo no necesaria la divulgación del contenido.

B. Consecuencias Jurídicas

Frente a esta conducta es perfectamente admisible tanto el concurso real o material como el concurso ideal, ya que puede servir de medio para la ejecución de otros delitos como la extorsión o bien delitos contra el honor o contra la fe pública, lo cual se resolvería en base a lo señalado en el artículo 64 del Código Penal.

De la misma forma, si la acción se ejecuta de manera repetitiva y en tiempos distintos pero contra una misma persona, es decir, que revele ser ejecución de un mismo designio, se aplicará el contenido del artículo 62 relativo al delito continuado, para lo cual la norma establece a manera de agravante un aumento en la pena a aplicar desde la sexta parte hasta la mitad.

Pero si la con la acción ejecutada se vulnera la intimidad de varias personas, algunos autores se inclinan que ello constituye un solo delito como ROMEO CASABONA, otros como MORANT VIDAL indican que bajo este supuesto existirán tanto delitos como sujeto pasivos postura que compartimos y que nos lleva a concluir que para este caso se aplicará lo concerniente al concurso ideal de delitos, ya que en un solo acto se ejecuta varios delitos.

Puede ocurrir también, que el sujeto activo además de escuchar la comunicación, ejecute la acción de grabar la misma con lo cual se estaría violando en un solo acto los dos supuestos que sanciona la norma estudiada. Al indicarse una misma sanción para ambas conductas, consideramos que si bien lo anterior constituye un concurso ideal, no aplica lo contenido en el artículo 63 del Código Penal, el cual expresa que "el que con un solo acto viole varias disposiciones de la Ley Penal será sancionado con la pena más grave de las señaladas por esas varias disposiciones", ya que para ambos la pena es de 15 a 50 días multa, la que a nuestro juicio es muy leve frente a la lesión que la ejecución de esta conducta produce al bien jurídico protegido .

Lo anterior obviamente puede considerarse como un yerro del legislador por lo que requiere de una revisión minuciosa a fin de subsanar este error, ya que se trata de dos acciones estrechamente relacionadas una con la otra, por lo que es muy probable que puedan ejecutarse una como resultado de la otra.

El artículo 169 del Código Penal establece una pena de 15 a 50 días multas, es decir, que se trata de una pena de naturaleza pecuniaria, la cual está por debajo de lo señalado por el artículo 48 del mismo cuerpo legal, el cual fija el intervalo de las mismas, estableciendo que el mínimo de es de 25 días multas y el máximo es de 365 días multas.

Nos parece que la penalidad señalada por el legislador para este delito es sumamente baja, y no es congruente con el bien jurídico que protege la norma, ni con el daño que sufre la persona a quien se le viola su intimidad.

Consideramos que no se tomó en cuenta que estos delitos son conductas que violentan el derecho a la libertad, siguiendo la doctrina tradicional que acoge nuestro Código, ya que modernamente lo que se protege es la intimidad, siendo así, se debió considerar la importancia de este bien jurídico, ya que la libertad luego de la vida es el segundo en orden a la importancia de los derechos del hombre.

Igualmente observamos que no se señaló una agravante, que aumente la pena de ser ejecutado el delito por funcionario público en el ejercicio de sus funciones, lo que debió haberse fijado, en virtud de que en nombre de la autoridad diariamente se cometen abusos, inclusive como los penados por la norma.

C. Especial referencia al Código Penal de 2007

En el Código Penal de 2007, encontramos que se encuentra tipificado este delito en el artículo 165. A diferencia de la legislación actual, como lo podremos observar más adelante, este artículo en su nueva redacción incluye dentro del tipo objetivo nuevos elementos como lo es que se ejecute sin contar autorización judicial, lo cual no era indicado en el artículo 169, lo que a nuestro juicio es incluido como consecuencia de la norma constitucional que exige que la misma debe realizarse en virtud de una autorización emitida por una autoridad competente, en este caso en particular debe tratarse de un juez, tal y como lo ha dispuesto la jurisprudencia.

Así también, introduce un nuevo verbo rector para lo que es esta conducta típica que es "interceptar", lo que se ajusta más a realidades tecnológicas que se desarrollan actualmente.

IV. La Conducta Delictiva en las Escuchas Telefónicas

A. Conducta típica

La otra conducta típica que establece el artículo 169 del Código Penal consiste en escuchar mediante procedimientos técnicos conversaciones privadas que no le estén dirigidas. Es así que podemos advertir que el verbo rector lo es "escuchar" que significa "aplicar el oído para oír; prestar atención a lo que se oye; dar oídos, atender a un aviso, consejo o sugestión". (DICCIONARIO ENCICLOPEDICO UNO)

Frente a esta acción, debemos señalar que la norma requiere que la escucha necesariamente se verifique a través de medios técnicos, es decir, que si la escucha se da ya sea por que el agente activo se encuentre en una habitación contigua u alguna otra situación o a través de cualquier otro medio no considerado técnico, la conducta ejecutada no podría ser sancionada de acuerdo a lo planteado en este artículo, ya que no sería típica al no reunirse uno de los elementos del tipo objetivo que es precisamente la utilización de medios técnicos .

ROMEO CASABONA, al respecto señala al comentar la legislación española y definir lo que es un procedimiento técnico, que “para que se produzca la conducta típica se exige la utilización de instrumentos o procedimientos técnicos de escucha del sonido (ampliación) o que sean capaces de transmitirlo, almacenarlo o reproducirlo, y requieren de una cierta complejidad en su producción o fabricación así como en su funcionamiento”. (ROMEO CASABONA, Op. Cit., P. 96)

MUÑOZ CONDE, añade además de lo anterior que “para que se de la conducta típica no basta la simple utilización de los dispositivos, sino que es necesario la captación del sonido o imagen”. (MUÑOZ CONDE, Op. Cit., p. 357)

B. Las Consecuencias Jurídicas

Igual como ocurre con el delito de grabaciones indebidas, este delito admite el concurso de delitos ya sea real o material, ya que este tipo de conductas que

lesionan gravemente la intimidad de las personas, pueden constituir generalmente un medio a fin de lograr otros propósitos delictivos.

Como lo hemos expuesto al estar ambas contenidas en un mismo artículo, el legislador les señaló una sola pena de tipo pecuniaria que es a nuestro juicio irrisoria frente al perjuicio que se puede causar con su ejecución.

Como resultado de este análisis debemos concluir, que nuestra legislación frente a la tutela penal de la intimidad de las telecomunicaciones y al avance de las nuevas tecnologías no es adecuada, no solo en lo concerniente al tipo penal en sí, sino que como pudimos observar las sanciones no se ajustan a la importancia del bien jurídico que protege el cual en la actualidad después de la vida y la libertad posee un lugar importante en el desarrollo de todas las personas, y que por las razones ya citadas a medida que avanza la humanidad se hace más vulnerable, por lo que se hace necesario adecuar nuestra normativa tanto constitucional como penal a fin de que realmente puedan tutelar de manera efectiva el derecho a la intimidad que se desarrolla a través de estos medios.

C. Especial referencia al Código Penal de 2007

En el Código Penal de 2007 ubicamos este tipo igualmente en el mismo de escuchas indebidas, es decir, en el artículo 165.

Debemos comentar, que al cambiar la redacción de este artículo, ya no se mantiene el mismo como está estructurado en la actualidad, en el cual

encontramos primero el tipo de grabaciones indebidas y luego el de escuchas ilegales, ya que al revisar el texto, el delito de grabaciones indebidas solo se le reconoce porque se mantiene el verbo rector grabar y el objeto material común de ambos que son “conversaciones no dirigidas al público”, como lo estudiaremos más adelante.

V. Consideraciones Finales

El derecho a la intimidad que se desarrolla mediante las telecomunicaciones, es una de las manifestaciones de ésta que tradicionalmente se ha resguardado a nivel constitucional en nuestro derecho patrio.

Del mismo modo, debemos comentar que su importancia es tal, que encontramos que en los documentos internacionales sobre derechos humanos, se hace mención expresa de la intimidad de las telecomunicaciones como parte integrante de lo que se denomina la dignidad humana.

Debemos destacar, que a partir del acto legislativo de 2004, el artículo 29 de la Constitución Nacional sufrió modificaciones, ampliando en esta su marco de protección, ya que anterior a la reformas su protección se limitaba a las comunicaciones telefónicas privadas siendo pues, que a partir de la modificación su tutela abarca todo tipo de comunicación privada en general.

Así también, se modificó lo concerniente a la excepción del ejercicio de este derecho, es decir, lo relativo a quién le corresponde ordenar la interceptación de

las comunicaciones, indicando ahora el texto constitucional que procede por mandato de judicial, lo cual fue aclarado en la jurisprudencia nacional, toda vez que como lo citáramos, la Corte Suprema de Justicia, aclaró que la autoridad judicial lo es el juez y no el agente de instrucción, estableciendo así cuándo y cómo es válida como prueba la práctica de una intervención telefónica, así como también cuando es viable la misma, dado pues que se trata de un derecho fundamental.

En el Código Penal de 1982, se establece como delitos la grabación y escucha de conversaciones telefónicas, encontrando ambos tipos penales en el artículo 169 de este texto legal.

Este mismo tipo penal lo encontramos en el Código Penal de 2007 en el artículo 165, el cual sufrió ciertas modificaciones en el tipo objetivo, ya que expresamente señala que ejecuta la acción quien no cuenta con autorización judicial para realizarla, consideramos nosotros siguiendo la redacción y sentido de la norma constitucional, aún así, se mantiene la misma estructura anterior, puesto que ambas conductas punibles se ubican en un mismo artículo.

Así también, se trata de delitos cuyo tipo subjetivo es doloso y cuentan con elementos comunes en el tipo objetivo.

Cabe señalar, que se modificaron las penas, ya que en el nuevo texto legal se observa una sanción más cónsona con el daño que se produce al bien jurídico protegido.

SECCION CUARTA: REALIDAD DE LA INTIMIDAD INFORMÁTICA FRENTE A LA LEGISLACIÓN PENAL PANAMEÑA

I. Introducción

La intimidad que se desarrolla mediante medios informáticos es de distinta naturaleza, sin embargo, se ha elevado a la categoría de delito solo aquellas ofensas que a través de este medio constituyan violaciones importantes al bien jurídico de la intimidad, limitándose su margen de protección a la información que reposa en las llamadas bases de datos, dentro de las cuales podemos encontrar diferentes informaciones de las personas, cuya utilización sea a cualquier título lesiona este derecho fundamental.

REBOLLO DELGADO al referirse a este tipo de intimidad nos comenta que "las nuevas tecnologías al posibilitar la racionalización, simplificación, celeridad y seguridad de las prácticas administrativas y de recopilación de datos, se presentan como una exigencia inaplazable de regulación de cualquier estado que no desee vivir de espaldas al progreso. Ahora bien, el uso de los modernos medios electrónicos, estén en manos de quien estén, contraen el riesgo de injerencia en la intimidad, tienen implícita la posibilidad de lesionar derechos de la personalidad". (REBOLLO DELGADO, Op. Cit., p. 188)

Como lo hemos comentado, el desarrollo tecnológico ha propiciado la aparición de medios de acceso a la esfera íntima de las personas, mucho más sofisticados que la simple invasión de los límites del domicilio o de la correspondencia escrita.

El incremento y desarrollo constante de los medios informáticos en el control de la información de los individuos, determinan hoy en día que la intimidad no se considere como un mero derecho de exclusión del acceso a determinados ámbitos patrimoniales como era concebida en sus inicios, sino que hoy en día se le considera como un derecho de la personalidad, como ámbito en el que se desarrolla la autorrealización personal y la toma de decisiones sobre aspectos concernientes a su persona. De ahí que supone, por ende, no solo el derecho de excluir a los demás del conocimiento de hechos pertenecientes a la esfera íntima, sino que también como lo indicamos en capítulos anteriores, incluye el derecho al control sobre la información relativa a la misma lo que adquiere especial importancia frente a la protección de datos contenidos en soportes informáticos.

A juicio del autor UICIH, "la posibilidad de manejar innumerable cantidad de datos, la posibilidad de interconectarlos, de recibir información de bases de datos inclusive de diversas partes del mundo ha generado, cuando menos, la posibilidad de ver afectada la intimidad". (UICIH, Op. Cit., p.39)

El mismo criterio lo sustenta JIJENA LEIVA quien apunta que "el gran riesgo de la privacidad frente a la informática ya lo hemos enunciado. El empleo de computadores hace factible recopilar una amplia información sobre cada persona, reuniendo un conjunto de datos que aisladamente nada dicen, pero al ser presentados en forma sistematizada; pueden dar lugar a una información que el afectado no se imagina ni le agradaría ver en poder de otros.

Precisamente peligra la intimidad cuando se relacionan entre sí archivos nominativos. No obstante, y si tenemos presente que en una sociedad moderna, se hace imposible prescindir de los medios informáticos, sólo nos queda intentar desarrollar la más acabada protección legal posible". (JIJENA LEIVA, 1992, p. 45)

Los datos son aquellas informaciones confidenciales y personales que se encuentran contenidas dentro de los sistemas informáticos o automatizados. De esta manera, diferentes autores, al analizar la problemática de la intimidad frente a la evolución informática hacen una especial referencia a los bancos de datos, los cuales están constituidos por información variada tales como: económica, legal, laboral, de salud por mencionar solo algunas, y que por su contenido especial, por ser datos sensibles requieren de una protección efectiva haciendo éstos parte del derecho a la intimidad, por ello, en la legislaciones desarrolladas al respecto, al referirse a la intimidad informática se apunta fundamentalmente a proteger al individuo frente a la utilización de los registros y bancos de datos tanto estatales como privados.

Las acciones que se consideran lesivas al habeas data son:

1. el apoderamiento, utilización o modificación de datos reservados de carácter personal, que se hallen automatizados de forma electrónica, que se den sin autorización y en perjuicio de un tercero.
2. el acceder a la base de datos, por cualquier medio, y
3. el alterar o utilizarlos en perjuicio de un tercero o revelarlos, difundirlos o cederlos.

Cabe reflexionar que todo miembro de una sociedad va dejando a su paso datos personales concernientes a su vida personal, como lo son facturas, inscripciones varias, seguros, entre otras que con los nuevos métodos informáticos al ser juntados, se puede llegar a obtener un perfil personal, mediante tratamientos informáticos, de la persona sin mayores problemas, en donde se interfiere en sus vida sin que estas se hayan dado cuenta.

Es decir, que en una sociedad informatizada, actualmente se puede llegar a ejercer como un control social sin que los ciudadanos se den cuenta que están siendo controlados, y que mediante estos tratamientos se pueden conocer todos los gustos, gastos y movimientos económicos de los mismos.

Es una realidad entonces, que con los avances de la tecnología existe cada día mas formas de recabar información acerca de las personas y tratarlos, sin que la misma haya dado su consentimiento. Esto da como resultado la necesidad de una regulación con respecto a la recaudación de los mismos así como el tratamiento y medidas de seguridad que se deben tomar con respecto a ellos.

Lo anterior, nos sirve de fundamento para afirmar la necesidad que tiene nuestro país de actualizar la legislación a fin de dar una protección integral a la información contenida en las bases de datos para que de este modo se proteja la intimidad.

II. Situación Actual de la Intimidad Informática y el Código Penal de 1982

En el Código Penal de 1982, a pesar de sus muchas modificaciones, no se introdujo ningún tipo penal referente a la intimidad informática, es decir, que nuestra legislación penal vigente en la actualidad, no tiene tipificado específicamente los delitos contra la intimidad informática.

Las conductas que utilizan los medios informáticos como medio o método, o aquellas que van dirigidas a inutilizar los componentes del sistema en nuestra opinión pueden ser perfectamente adecuadas a los tipos penales convencionales, ello no significa que los mismos no deban ser ampliados a fin de acomodarse a las nuevas modalidades delictivas en materia informática. Sin embargo, otras conductas ya previamente descritas como delitos informáticos que vulneran la intimidad no son consideradas punibles en nuestra legislación y por tanto, quedarían prácticamente impunes con fundamento en el principio de legalidad.

Siendo un tanto amplios en nuestra exposición, somos del criterio que con excepción del delito de piratería informática, que se encuentran previsto en la legislación de propiedad intelectual, el llamado "hacking" y el espionaje informático con relación a las bases de datos, con esfuerzo se podrían encuadrar en los tipos penales convencionales, sin embargo, el resto de las conductas consideradas como delitos informáticos que tutelan la intimidad, escaparían de la represión de la justicia penal.

Resulta obvio que la interpretación que deberán darle los administradores de justicia a dichos conceptos, para poder sancionar el hacking y el espionaje informático, deberá ser tal que incluya el correo electrónico, archivos informatizados y demás datos computarizados que puedan ser objeto de los delitos que tratamos, adecuación que será obviamente objeto de acalorados debates.

Ahora bien, frente a la vulneración del habeas data, y a fin de evitar la impunidad por falta de normativa, es nuestra opinión, que pudiera aplicarse el contenido del artículo 170 del Código Penal que regula lo concerniente al secreto profesional, ya que el legislador se refiere a secretos de una forma amplia, por lo que entendemos que es irrelevante donde esté contenido el mismo si en un archivo común o en un sistema informático, pero debemos indicar que sólo podría adecuarse a aquellos casos en que la revelación o uso indebido del que habla el artículo 171-A de esa información que constituye secreto sea realizada por quien tenga relación con la información, mas no podría regular cuando la conducta ilícita sea ejecutada por un particular. Igualmente no tiene cabida en nuestra legislación otros tipos de vulneración de datos como el acceso, cesión o apoderamiento.

Lo anterior, nos parece que hace que nuestra normativa penal contenida en el Código Penal de 1982 sea obsoleta e inadecuada frente al desarrollo de este tipo de delincuencia, la cual definitivamente tiene vigencia en nuestro país,

ya que Panamá es un país de servicios y un centro financiero importante lo que hace necesario que exista una regulación en esta materia.

III. Especial referencia al Código Penal de 2007

Definitivamente y sin lugar a dudas, la Ley 14 de 18 de mayo de 2007, constituye un gran avance, ya que con la aprobación de esta nueva normativa penal, se han adoptado principios modernos vigentes en materia penal y se han elevado a la categoría de delitos conductas necesarias que no fueron previstas en la legislación vigente. Entre estas conductas encontramos a los delitos contra la intimidad, específicamente los que tiene que ver con la intimidad informática.

Sin embargo y a pesar de lo antes indicado, tenemos que adolece de defectos, entre ellos podemos mencionar que se aplica en este código el criterio de que la intimidad hace parte del bien jurídico de la libertad, postura que ya ha sido superada por las consideraciones ya expuestas y que al momento de analizar en conjunto esta nueva legislación explicaremos a detalle .

Por otro lado, se consideraron las conductas lesivas al habeas data no como delitos contra la intimidad sino como delitos contra el patrimonio económico, ubicándolos bajo la denominación de la estafa y otros fraudes, alejándose así de los criterios expuestos en la doctrina, ya que se desconoce de esta forma la existencia de este tipo de intimidad por un lado, y por el otro, lo cataloga como una posesión o patrimonio, lo cual como lo vimos en el primer

capítulo constituyó una de las primeras concepciones de lo que era la intimidad la que fue superada hace muchos años.

También, encontramos delitos referente a la intimidad informática dentro de los delitos contra la seguridad jurídica de los medios electrónicos específicamente dentro de los delitos contra la seguridad informática, dentro del cual se incluyeron delitos relativos a las bases de datos entre estos el ingreso o utilización de estas tipificado en el artículo 283, con lo cual no estamos de acuerdo ya que pareciera que lo que se pretendía era tutelar los medios mas no la información contenida en los medios electrónicos, la cual como ya lo hemos precisado hace parte del derecho a la intimidad desarrollada en la informática.

IV. Consideraciones Finales

Vemos pues ante la realidad que hemos expuesto en los puntos anteriores, que jamás la intimidad informática ha tenido una tutela adecuada, Ni siquiera en la nueva legislación que está por entrar a regir, se le reconoció a la intimidad como tal su carácter de bien jurídico independiente de la libertad y lo que es peor aún, tampoco se reconoce en el Código Penal aprobado de 2007 la vigencia de la llamada intimidad informática que no es más que la protección de la información que existe de cada uno de nosotros en las bases de datos, la cual en su mayoría es de alta sensibilidad y que permite como lo señaláramos ejercer un control sobre las personas el cual puede ser incluso imperceptible, lo cual hace de esta tipo de figuras delictivas altamente peligrosas.

SECCION QUINTA: PERSPECTIVA POLITICO CRIMINAL Y DE DERECHO COMPARADO DE LA TUTELA DE LA INTIMIDAD.

I. Introducción

En el presente Capítulo, efectuaremos un análisis sobre la política criminal llevada a cabo por otros Estados en la tutela penal de la intimidad, a fin de poder evaluar a partir de ello, si nuestras normas legales son adecuadas y efectivas en la protección de este derecho fundamental, lo cual nos servirá como fundamento para comprobar si existe la necesidad o no de proponer modificaciones a nuestra normativa de carácter penal en este sentido.

Consideramos conveniente, por ende, para los fines de este capítulo precisar el concepto de política criminal. El autor PEREZ PINZON define la política criminal como "el conjunto de medidas de que se vale el Estado para enfrentar la criminalidad y la criminalización". (PEREZ PINZON, 2001, p.201)

De la misma manera, JIMENEZ DE ASÚA citado por CABANELLAS indica que esta es "el conjunto de principios fundados en la investigación científica del delito y de la eficacia de la pena, por medio de los cuales se lucha contra el crimen valiéndose de medios penales (pena) como los de carácter asegurativo (medida de seguridad). (JIMENEZ DE ASÚA citado por: CABANELLAS, 1989, tomo VI)

Es así, que podemos concluir en base a las definiciones anteriores, que por política criminal debemos entender todas aquellas medidas adoptadas por el Estado a fin de prevenir y reprimir la criminalidad.

Debemos señalar que si bien es cierto, la política criminal en principio es competencia principalmente de los diputados, quienes tienen la misión otorgada por Ley de elevar a la categoría de delitos aquellas conductas que más afectan a la sociedad, la misma a su vez conlleva la participación de todos los sectores tanto gubernamentales como no gubernamentales, a fin de lograr una política criminal coherente y acorde con las necesidades y la realidad social en que se viva.

Hemos analizado en los capítulos precedentes, cómo nuestra legislación afronta aquellas conductas que pueden afectar el derecho a la intimidad tanto documental como de las telecomunicaciones, y de antemano, luego del estudio de carácter dogmático que hemos realizado, podemos concluir que la legislación vigente carece de una protección penal específica y expresa del bien jurídico intimidad frente a los distintos abusos del cual puede ser objeto, específicamente de la intimidad informática ya que no existen en nuestra legislación tipos penales que sancionen este delito.

Ahora bien, lo anteriormente expuesto nos lleva a realizar que se hace necesario modernizar el Código Penal en este sentido, con la finalidad que pueda ser una herramienta de represión contra este tipo de criminalidad que cada vez se hace más frecuente, sin embargo, no debemos apartarnos por lo anterior del llamado principio de intervención mínima o derecho penal mínimo que funge como principio básico de una adecuada política criminal, que propone que sólo deben ser tipificados como delitos aquellas conductas que más afectan

los bienes tutelables, y que el derecho penal debe constituir la última instancia a la que pueden acceder los ciudadanos para dirimir sus conflictos, debiendo actuar únicamente cuando ello sea necesario y fracasen las demás políticas sociales adoptadas por el Estado.

De lo antes planteado, se puede concluir que hoy en día se aboga por reducir la aplicación del derecho penal como mecanismo de control social, y es así que se desarrollan a partir de esta premisa otros mecanismos tales como la despenalización que pretende sacar del ámbito penal diversas conductas para que esta sea sancionada en una jurisdicción distinta, la desjudicialización que propone la solución de conflictos mediante mecanismos distintos de los judiciales, la desprisonalización que propone la creación de otras sanciones constituyendo la de pena de prisión la última ratio del sistema punitivo, y por último la descriminalización que pretende eliminar del ordenamiento jurídico ciertos comportamientos humanos haciéndolos jurídicamente irrelevantes.

Es así, que todas las propuestas de reforma del marco legal penal deben asentarse en los principios rectores de la política criminal, el cual entre otros elementos delimita los fines del sistema punitivo y los límites de su intervención, y por tanto, las condiciones en las que puede ser efectivo el hacer uso del derecho penal en determinadas situaciones.

Nos parece interesante citar las reflexiones que hace MORALES PRATS abonando a lo anteriormente señalado por nosotros, al referirse a la necesidad de legislar sobre las conductas que atentan contra la intimidad informática

señalando que "la gravedad de la ofensa y la calidad del bien jurídico, puesto en peligro o destruido, conforman los presupuestos definitorios de la misión del derecho penal en las sociedades democráticas. Sin embargo, la justificación de las incriminaciones apuntadas exige, junto a la observancia de los límites derivados del *principio de intervención mínima* y del *carácter fragmentario* de las normas penales, el respeto al sentido de la *última ratio* del derecho penal porque las sanciones penales deben considerarse siempre inadecuadas en la medida que otros instrumentos extra penales garanticen una tutela suficiente en el caso concreto". (MORALES PRATS, Op. Cit., p. 328)

Las consideraciones anteriores deben ser tomadas en consideración por las diferentes autoridades de nuestro país, al momento de catalogar como delito aquellas conductas que hoy en día nuestra legislación penal no prevé como delitos que afectan la intimidad de los asociados, conllevando lo antes planteado a la necesidad de adoptar también como medida de política criminal los mecanismos de prevención necesarios y de elevar a la categoría de delito únicamente las conductas relevantes que puedan afectar este derecho fundamental. Nuestra Constitución y nuestras leyes, como ya lo hemos abordado, siempre han tutelado las formas tradicionales en las que se manifiesta la intimidad.

Veamos, como otros países han estructurado su normativa en torno a la problemática que presenta la tutela penal de este derecho en la actualidad.

II. El Derecho Comparado y la Tutela de la Intimidad

El derecho penal vigente de otros países, ha incluido a la intimidad como objeto de tutela no solo a nivel constitucional sino también a nivel penal, elevándolo a la categoría de bien jurídico protegido.

Como veremos a continuación algunos adoptando la forma tradicional, mantienen su tutela bajo el bien jurídico de la libertad como ocurre en nuestro país y otros lo elevan a la categoría de bien jurídico protegido independiente.

A. Intimidad Documental

Unas de las formas tradicionales de proteger la intimidad, es aquella que se desarrolla en las distintas clases de documentos. La mayoría de los países disponen de diversos tipos penales tendientes a proteger la llamada intimidad documental, la cual ha sido una de las formas en la que habitualmente se ha desarrollado la misma durante los últimos tiempos.

1. Violación de Correspondencia

El Código Penal de Alemania del 15 de mayo de 1871, reformado el 31 de enero de 1998, establece en la Sección Decimoquinta los delitos de **“Violación al ámbito de la intimidad personal y al ámbito del secreto personal”**, dentro de esta sección en el artículo 202 se tutelan aquellas conductas denominadas en esta legislación como delitos de violación al secreto de correspondencia señalando que:

Artículo 202:

1) Quien sin autorización

1. abra una carta cerrada u otro escrito cerrado que no estén destinados para su conocimiento o
2. se procure conocimiento del contenido de tal escrito sin abrir el cierre bajo utilización de medios técnicos será castigado con pena privativa de la libertad hasta un año o con multa, cuando el hecho no esté amenazado con castigo en el § 206.

(2) De la misma manera será castigado quien sin autorización se procure conocimiento del contenido de un escrito que no esté destinado para su conocimiento y que esté especialmente asegurado por medio de un dispositivo cerrado en contra de que se tome nota del escrito, después de que él haya abierto el dispositivo para éste fin,

(3) A un escrito se equipara una ilustración en el sentido de los incisos 1 y 2.

La legislación penal alemana define como bien jurídico protegido a la intimidad personal y al ámbito del secreto personal, estableciendo a nuestro criterio una diferencia entre lo que es la intimidad y lo que es secreto. lo que de acuerdo a la doctrina revisada no es necesario, ya que el secreto es un elemento de la intimidad y por tanto, se encuentra inmerso en su concepto.

Muy similar a las conductas que contiene el Código Penal de Panamá de 1982, son las descritas por el Código Penal Alemán como conductas violatorias a la intimidad documental, toda vez que establece como delitos contra la intimidad desarrollada en la correspondencia, la apertura indebida por persona distinta al destinatario de la misma, o bien como otra modalidad de la

anterior en el numeral segundo quien tenga conocimiento del contenido a traves de la utilización de medios tecnicos

Sin embargo este articulo preve una accion distinta en el inciso segundo no contemplada en nuestra legislacion que se refiere al conocimiento del contenido de un documento el cual esta especialmente asegurado por dispositivos cerrados tendientes a evitar que se toma nota del mismo y que se haya abierto el dispositivo para tal fin

Por la estructura que presenta esta norma consideramos que en ella se subsumen aquellas conductas lesivas de los correos electronicos los cuales como ya lo hemos precisado presentan las características de una correspondencia normal con la unica diferencia que se encuentra contenida en soportes informaticos y debidamente asegurada por claves de accesos o dispositivos de seguridad de acceso es por ello que concluimos que esta norma se dirige a contemplar aquellas violaciones a la intimidad contenida en documentos de cualquier clase protegidos bajo las circunstancias ya señaladas

Igualmente el legislador aleman aclara en la norma antes citada que se equipara a un escrito tambien otro tipo de documentos como lo son la ilustraciones especificando aun mas cual es el objeto material del delito y por otro lado establece un dolo directo y especifico en la conducta señalada en el inciso segundo ya que pareciera exigir la misma norma que debe haberse abierto el dispositivo con el fin especifico de conocer el documento por tal

razon debe probarse entonces que la conducta va dirigida a conocer la intimidad de otro recogida en un escrito o documento

El Código Penal de España de 1995 contiene en el **Título X ‘ Los Delitos contra la Intimidad el Derecho a la Propia Imagen y la Inviolabilidad del Domicilio** siendo la intimidad uno de los bienes jurídicos protegidos de forma expresa. En el Capítulo I de este cuerpo legal se desarrolla las conductas en contra **“Del Descubrimiento y Revelación de Secretos”** acogiendo la postura ya señalada que el secreto es parte constitutivo de la intimidad

El artículo 197 numeral 1 dispone que

Artículo 197

1 El que para descubrir los secretos o vulnerar la intimidad de otro sin su consentimiento se apodere de sus papeles, cartas, mensajes de correo electrónico o cualesquiera otros documentos o efectos personales o será castigado con las penas de prisión de uno a cuatro años

Como técnica legislativa este país en un solo artículo típico todas aquellas conductas que se consideran lesivas al ejercicio del derecho a la intimidad. Debemos comentar que al describir la conducta típica se hace una diferencia entre vulnerar la intimidad de otro y descubrir sus secretos. lo que como ya lo hemos planteado es una diferencia que a nuestro criterio esta de mas. toda vez que hemos concluido que si bien todo lo secreto no es íntimo pero si todo lo íntimo es secreto por lo que no consideramos necesaria y relevante realizar dicha distinción

De la misma forma la conducta se resume en un solo verbo rector que es apoderarse y se describen distintos objetos materiales tales como las cartas mensajes de correo electrónico (reconociéndole a este las características de correspondencia) papeles y otros documentos o efectos personales con lo cual se deja abierta la posibilidad de no limitar el objeto material del delito a fin de evitar modificaciones frecuentes y ampliar su marco de aplicación

Igualmente indica de manera expresa que la acción debe ser ejecutada sin el consentimiento del sujeto pasivo por lo que el consentimiento opera como causa de exclusión de la tipicidad al ser uno de los elementos constitutivos del tipo objetivo

HIGUERA GUIMERA al analizar este artículo expresa que el consentimiento del portador o titular del bien jurídico o lo que es lo mismo el consentimiento del sujeto pasivo (que no está regulado como eximente en el elenco o listado de las mismas contenidas en el art 20 del Código Penal) en este delito excluye el elemento de la tipicidad el consentimiento del portador o titular del bien jurídico excluye la tipicidad en aquellos delitos en los que se protege junto a un bien jurídico determinado la libre disposición del mismo como sería el caso de este delito que estamos estudiando ya que se protege junto a la intimidad del sujeto la posibilidad de disponer de la misma (HIGUERA GUIMERA 2002 p 6)

El Código Penal de Francia por su parte contiene en el **Capítulo VI** denominado **‘De los Atentados contra la Personalidad’** en la Sección 4 específicamente los delitos lesivos al secreto de la correspondencia bajo el título

“De los atentados contra el secreto de la correspondencia”, constituyendo el bien jurídico protegido la personalidad, mas no expresamente la intimidad como tal, toda vez que en la Sección I regula lo concerniente a los atentados contra la intimidad refiriéndose primordialmente a aquellas conductas en contra de la intimidad recogida en el secreto de las comunicaciones.

Por lo anterior debemos concluir que esta legislación reconoce a la intimidad como un elemento que permite el desarrollo de la personalidad del sujeto, es decir, se reconoce su característica de ser un derecho de la personalidad y al secreto como parte de la misma. Ahora bien dentro de los delitos contra la intimidad incluye la intimidad documental en el artículo 226-2 que es del siguiente contenido:

Artículo 226-2: Se castigará con las mismas penas el hecho de conservar, dar a conocer o dejar que se conozca por el público o un tercero, o de utilizar de la manera que sea cualquier grabación **o documento** obtenido mediante alguno de los actos previstos por el artículo 226-1. Cuando el delito previsto en el párrafo anterior sea cometido a través de la prensa escrita o audiovisual, serán aplicables en lo referente a la determinación de las personas responsables las disposiciones especiales de las leyes que regulan estas materias.

Si bien, este artículo hace mención a otras situaciones, también incluye los atentados contra la intimidad desarrollada en documentos, es decir, que contengan aspectos de la vida privada de otro, agravándolo cuando se ejecuta mediante el uso de la prensa ya sea escrita o audiovisual.

En el artículo 226-15 regula el secreto contenido en la correspondencia y señala que:

Artículo 226-15: El hecho, cometido de mala fe, de abrir, destruir, retrasar o distraer la correspondencia llegada o no a su destino y dirigida a terceros, o de acceder a su contenido de forma fraudulenta, será castigado con la pena un año de prisión y multa de 300.000 francos.

Será castigado con las mismas penas el hecho, cometido de mala fe, de interceptar, distraer, utilizar o divulgar la correspondencia emitida, transmitida o recibida por telecomunicaciones o de proceder a la instalación de aparatos concebidos para realizar dichas interceptaciones.

Este artículo dispone en primer lugar como uno de los elementos del tipo objetivo que la conducta sea realizada de mala fe, por lo que tal condición deberá ser probada en el proceso además de ser una conducta eminentemente dolosa. Se señalan en el mismo diversas conductas típicas tales como abrir, destruir, retrasar o distraer, es decir, desviar su destino e igualmente el acceder a su contenido dejando abierta la posibilidad que dicho acceso sea por cualquier medio a diferencia de las legislaciones antes estudiadas.

De la misma forma se pena a quien ejecute iguales conductas en correos electrónicos, indicando que es punible también quien divulgue su contenido o bien instale aparatos para ejecutar dicha acción, con lo cual vemos que se establece al correo electrónico de manera expresa como objeto material de esta delito.

En los países latinoamericanos de la misma forma encontramos en las diferentes legislaciones tipos penales mediante los cuales se protege la intimidad. El Código Penal de Costa Rica de 1971 (Ley N° 4573 del 4 de mayo de 1970) establece de manera directa a la intimidad como bien jurídico tutelado toda vez que así lo especifica desarrollando los mismos en el “**Título VI**” denominado “**De los Delitos contra el Ámbito de la Intimidad**”

En su Sección I determina las conductas de Violación de Secretos reconociendo al secreto como parte constitutiva de este derecho fundamental. Dentro de esta sección contiene una serie de acciones que constituyen delito contra el secreto de la correspondencia. Es así que en el artículo 196 señala que

ARTÍCULO 196 Será reprimido con prisión de uno a tres años quien abra o se imponga del contenido de una comunicación destinada a otra persona cualquiera que sea el medio utilizado
(Así reformado por el artículo 31 de la Ley No 7425 del 9 de agosto de 1994)

Con una técnica legislativa más sencilla se estructura el delito de violación de correspondencia toda vez que solo señala dos verbos rectores que son el abrir o imponerse del contenido indicando que la conducta puede ser realizada por cualquier medio.

El artículo 196 Bis agregado mediante Ley N° 8148 del 24 de octubre de 2001 adiciona artículos al Código Penal de este país referentes a delitos

informáticos y establece lo referente a la correspondencia que se verifica por medios electrónicos y al tenor dispone:

ARTÍCULO 196 BIS: Será reprimida con pena de prisión de seis meses a dos años, la persona que, para descubrir los secretos o vulnerar la intimidad de otro, sin su consentimiento, se apodere, accese, modifique, altere, suprima, intercepte, interfiera, utilice, difunda o desvíe de su destino, **mensajes, datos e imágenes contenidas en soportes: electrónicos, informáticos, magnéticos y telemáticos**. La pena será de uno a tres años de prisión, si las acciones descritas en el párrafo anterior, son realizadas por personas encargadas de los soportes: electrónicos, informáticos, magnéticos y telemáticos. (lo resaltado es nuestro)

Vemos que este país a través de un solo artículo introduce las distintas conductas que mediante al utilización de medios informáticos pueden vulnerar el derecho a la intimidad, agravándose la pena si la acción típica es realizada por quien tiene a su cargo la custodia de los soportes electrónicos, informáticos, magnéticos y telemáticos. Siendo así se describen varios objetos materiales, ya que no solo hace referencia a la violación de correspondencia realizada mediante medios electrónicos, sino que a su vez, se refiere a los datos e imágenes como objeto material del delito, lo cual será analizado más adelante.

En esta sección encontramos también otras conductas similares a las contenidas en nuestra legislación que atentan contra el secreto de la correspondencia tales como el uso indebido de la correspondencia (artículo 201), la publicidad indebida de la misma (artículo 202) para lo cual refiere este artículo que:

ARTÍCULO 202: Será reprimido con treinta a sesenta días multa, si el hecho pudiere causar perjuicio, al que hallándose legítimamente en posesión de una correspondencia, de papeles o grabaciones no destinadas a la publicidad, las hiciere públicas sin la debida autorización, aunque le hubieren sido dirigidas.

La pena será de treinta a cien días multa, si la información propalada tuviere carácter privado, aun cuando no causare perjuicio.

Debemos resaltar que en este artículo se agrava la conducta si lo divulgado tiene carácter de privado, sobresaliendo el hecho de que la misma será punible aún cuando no cause perjuicio alguno al sujeto pasivo de la acción penal.

Por último, el artículo 200 dispone agravantes cuando quien cometa los delitos antes indicados sean funcionarios públicos en relación con el ejercicio de sus funciones, o sea un sujeto que se valga para cometer el hecho de su vinculación con una empresa o institución pública o privada encargadas de las comunicaciones, y cuando el autor publique la información obtenida o aún sin hacerlo, tenga carácter de privado a discrecionalidad del juez.

El Código Penal de Colombia aprobado por este país mediante Ley 599 del 24 de julio del 2000, contiene estas conductas en el **Título III “Delitos contra la Libertad Individual y otras Garantías”** en su **Capítulo VII** denominado **“De la Violación a la Intimidad, Reserva e Interceptación de Comunicaciones”**.

Vemos inicialmente que los delitos que atentan contra el derecho a la intimidad están contenidos dentro del resguardo de los delitos que atentan contra la libertad individual y otras garantías, lo cual entendemos proviene de la

protección constitucional contenida en el artículo 15 de la Constitución colombiana en la cual se establece a la intimidad como un derecho fundamental. A pesar de esto se mantiene aun la concepción de que la intimidad se relaciona con la libertad mas precisamente con la libertad de ejercer la vida privada reconociendo de esta forma sus dos dimensiones por una parte como secreto de la vida privada y como libertad.

MOLINA ARRUBLA al respecto nos comenta que si los co-asociados del Estado Colombiano somos titulares en los términos del canon constitucional anteriormente transcrito en sus apartados fundamentales de un Derecho a la Intimidad poco menos que logico resulta que tanto el texto constitucional como la reglamentación legal se ocupen de implementar la protección del mismo especialmente a nivel de la inviolabilidad de las comunicaciones que al fin de cuentas no es más que una manifestación o variante de aquel derecho a la intimidad. En pocas palabras el contenido de las comunicaciones y el continente de las mismas se entienden y toman por y como reservadas por el mero hecho de ser tales esto es comunicaciones las mismas que como manifestación del derecho a la intimidad ya quedan cobijadas por tal garantía de reserva (MOLINA ARRUBLA Op Cit p 136)

En lo que respecta a la protección de la intimidad documental encontramos que la misma se define en diversos artículos. El artículo 192 contiene la conducta de violación de comunicaciones en un sentido amplio y señala que

Artículo 192: El que ilícitamente sustraiga, oculte, extravíe, destruya, intercepte, controle o impida una comunicación privada dirigida a otra persona, o se entere indebidamente de su contenido, incurrirá en prisión de uno (1) a tres (3) años, siempre que la conducta no constituya delito sancionado con pena mayor.

Si el autor de la conducta revela el contenido de la comunicación, o la emplea en provecho propio o ajeno o con perjuicio de otro, la pena será prisión de dos (2) a cuatro (4) años.

Este artículo, no hace una enumeración del objeto material del delito como si ocurre en nuestra legislación y en otras ya revisadas, puesto que solo expresa que quien ejecute cualquiera de las acciones descritas en el tipo penal en contra de una comunicación, siendo pues que pueden constituir objeto material del hecho cualquier objeto con característica de ser una comunicación de carácter privada, es decir, que cuente con la participación de un emisor y de un receptor. Enumera de la misma forma, diferentes conductas típicas y se agravará la sanción cuando se revele el contenido o se emplee en provecho propio o ajeno.

En el artículo 196, se tipifica la conducta en contra de comunicación o correspondencia de carácter oficial agravándose la pena en este caso cuando se trate de correspondencia destinada o remitida a la rama judicial o a los organismos de control o de seguridad del Estado.

La divulgación también es sancionada en el artículo 194 que dispone:

Artículo 194: El que en provecho propio o ajeno o con perjuicio de otro divulgue o emplee el contenido de un documento que deba permanecer en reserva,

incurrirá en multa, siempre que la conducta no constituya delito sancionado con pena mayor.

Podemos observar que el legislador colombiano mediante este artículo, protege cualquier clase de documento íntimo contra la divulgación, ya que siguiendo la técnica del artículo antes citado no entra a detallar qué tipo de documentos protege.

Muy similar a la legislación colombiana, es la del Ecuador de 22 de enero de 1971, la cual tipifica los delitos contra la intimidad en el Libro Segundo, Título II denominado **“De los Delitos contra las Garantías Constitucionales y la Igualdad Racial”**. Frente a esta denominación debemos comentar que la Constitución de este país de 1998 reconoce a la intimidad como un derecho fundamental de manera expresa en el artículo 23, numeral 8 de su Carta Fundamental, de allí pues que se haya ubicado la violación a este derecho dentro del bien jurídico que comprende los derechos y garantías constitucionales.

En el Capítulo V específicamente regula los delitos en contra de la inviolabilidad del secreto, siguiendo la fórmula tradicional. Dentro de estos se encuentra los delitos de violación de correspondencia, entre los que encontramos el artículo 197 y 198 que penalizan el delito de apertura indebida y supresión por parte de funcionarios estatales y el delito de divulgación indebida.

Nos parece interesante citar el contenido del artículo 202 que tipifica la sustracción de correspondencia que al tenor señala que:

Artículo 202: Los que sustrajeren cartas confiadas al correo serán reprimidos con prisión de quince días a sesenta días, excepto los padres, maridos o tutores que tomen las cartas de sus hijos, consortes o pupilos, respectivamente, que se hallen bajo su dependencia.

De manera expresa establece como excluyente de la conducta delictiva a aquellos actos que sean cometidos entre padres e hijos, esposos o tutores, lo cual nos parece adecuado con relación a la relación parental o de los tutores precisamente por el derecho de corrección que se reconoce a los padres, siempre y cuando se aplique esta excepción de tratarse del ejercicio de esta condición ya que al niño, niña y adolescente la Convención sobre los Derechos del Niño le reconoce su derecho a la intimidad, sin embargo, no compartimos lo señalado con relación a las relaciones conyugales, toda vez que dentro de este vínculo ambas partes deben respetar la intimidad del otro.

En lo que respecta al correo electrónico, este país mediante Ley N° 67 publicada en Registro Oficial 557 de 17 de abril de 2002, introduce nuevas conductas delictivas específicamente sobre infracciones informáticas. Es así que en el artículo 202 antes citado se adiciona además de lo antes citado que:

Artículo 58: A continuación del artículo 202, inclúyanse los siguientes artículo enumerados:

"El que empleando cualquier medio electrónico, informático o afín, violentare claves o sistemas de seguridad, para acceder u obtener información protegida, contenida en sistemas de información; para vulnerar el secreto, confidencialidad y reserva, o simplemente vulnerar la seguridad, será reprimido con prisión de seis meses a un año y multa de

quinientos a mil dolares de los Estados Unidos de America

Si bien es cierto no se menciona directamente como objeto material al correo electrónico ya que pareciera que la conducta recae en la informacion misma como objeto material somos del criterio que al estar este tipo de correspondencia en soportes informaticos protegidos a su vez por claves de acceso puede aplicarse este articulo a la comision de este hecho

En elCodigo Penal de El Salvador de 1997 se desarrollan estas conductas en el Titulo VII denominado **“Delitos Relativos al Honor y a la Intimidad”** en esta legislacion el bien juridico protegido lo es la intimidad ademas del honor En el Capitulo II se describen las conductas referentes a la intimidad bajo el titulo De los delitos relativos a la intimidad dentro de este se encuentra el articulo 184 que dispone que

Art. 184 El que con el fin de descubrir los secretos o vulnerar la intimidad de otro se apoderare de comunicacion escrita soporte informático o cualquier otro documento o efecto personal que no le este dirigido sera sancionado con multa de cincuenta a cien dias multa

Si difundiere o revelare a terceros los datos reservados que hubieren sido descubiertos a que se refiere el inciso anterior la sancion sera de cien a doscientos dias multa

El tercero a quien se revelare el secreto y lo divulgare a sabiendas de su ilicito origen sera sancionado con multa de treinta a cincuenta dias multa

Siguiendo el ejemplo espanol en un solo articulo se senalan todas aquellas conductas que pueden vulnerar la intimidad no solo a nivel personal sino tambien la familiar entre las que se encuentran los ataques a la intimidad

documental al referirse a comunicaciones escritas, también incluye la contenida en soporte informático o cualquier otro documento o efecto personal, abriendo el catálogo de objetos materiales relativos a la conducta penal. Se sanciona así también la revelación de los datos reservados agravando la pena, y se pena a su vez, al tercero que lo revelare conociendo la ilicitud de la información.

Mediante el artículo 185 se agrava la sanción si el sujeto activo es responsable de los soportes informáticos, señalando además de la pena anterior inhabilitación del cargo por un periodo de seis meses a dos años.

El Código Penal Peruano de 1991, por su parte, contiene dentro del **Título IV** de los “**Delitos contra la Libertad**”, en el **Capítulo II** los “**Delitos de Violación a la Intimidad**”. Entendemos de acuerdo a la estructura que presenta esta legislación, que el bien jurídico protegido como sucede en nuestro país lo es la libertad, por lo que concluimos que la intimidad del sujeto forma parte de esta.

Ahora bien, los delitos que vulneran la llamada intimidad documental, no se encuentran desarrollados dentro del Capítulo concerniente a los delitos contra la intimidad, ya que encontramos que los mismos se encuentran en el Capítulo IV amparados bajo la tutela de la “**Violación al Secreto de las Comunicaciones**”. Esta estructura no nos parece adecuada, ya que se debió incluir todas las conductas lesivas al derecho a la intimidad dentro del Capítulo II antes citado.

El delito de violación de correspondencia está desarrollado en el artículo 161 de este cuerpo legal y dice:

Artículo 161: El que abre, indebidamente una carta, un pliego, telegrama, radiograma, despacho telefónico u otro documento de naturaleza análoga que no le esté dirigido, o se apodera indebidamente de alguno de estos documentos, aunque no esté cerrado, será reprimido con pena privativa de libertad no mayor de dos años y con sesenta a noventa días multa.

Esta norma contiene dos conductas, por una parte sanciona la apertura y por la otra, penaliza el apoderamiento de documentos, aún cuando los mismos ya no estén cerrados. Así también contiene diversos objetos materiales dejando abierta la posibilidad de que la norma pueda ser aplicada a la tutela de otros documentos con características similares no expresados en la norma.

En el artículo 163, se sanciona la conducta de supresión o extravío de correspondencia aún cuando la misma no haya sido violada por el sujeto activo del delito. Nos parece adecuada esta manifestación a fin de diferenciar esta de la conducta anterior. Por último, sanciona en el artículo 164 la publicación indebida de correspondencia epistolar o telegráfica aún cuando esta le haya sido dirigida siempre y cuando el hecho cause algún perjuicio a otro.

Nos llama la atención, que ninguno de los artículos que reprimen los delitos contra el secreto de la correspondencia agraven las penas ni hagan mención sobre la divulgación del contenido del documento, como ocurre en nuestra

legislación y en otras, en la cual la divulgación constituye una agravante de la conducta penal.

Consideramos que lo anterior obedece a que dentro de los delitos que específicamente tutelan la intimidad se dispone en el artículo 154 que:

Artículo 154: El que viola la intimidad de la vida personal o familiar ya sea observando, escuchando o registrando un hecho, palabra, **escrito** o imagen, **valiéndose de instrumentos, procesos técnicos u otros medios**, será reprimido con pena privativa de libertad no mayor de dos años.

La pena será no menos de uno ni mayor de tres años y de treinta a ciento veinte días-multa, cuando el agente revela la intimidad conocida de la manera antes prevista.

Si utiliza algún medio de comunicación social, la pena privativa de libertad será no menor de dos ni mayor de cuatro años y de sesenta a ciento ochenta días-multa. (lo resaltado es nuestro)

Vemos pues, que mediante este artículo se tutelan distintas formas en las que se manifiesta la intimidad de las personas no solo a título personal sino también a título familiar. Por ende, como lo precisamos al iniciar el análisis de este Código Penal, no entendemos la estructura de esta legislación la cual tutela en un capítulo aparte lo concerniente al secreto de la correspondencia, cuando tales conductas todas debieran incluirse dentro de los delitos contra la intimidad. Este tipo de redacción nos parece un tanto confusa, puesto que consideramos que ello trae conflicto al momento de tipificar la conducta.

Dentro del artículo citado, se establece lo concerniente a la vulneración de la intimidad documental, puesto que refiere que la acción se ejecute registrando entre otros objetos un escrito, valiéndose de instrumentos, procesos técnicos u otros medios, agravando la pena base cuando haya revelación o se ejecuta la misma a través de medios de comunicación social.

En el artículo 155 de la misma forma, se agrava la pena de tres a seis años si quien comete el delito se trata de funcionario público en el ejercicio de sus funciones, para el cual establece igualmente la inhabilitación en el ejercicio de sus funciones.

Casi en los mismos términos se desarrolla el Código Penal de Paraguay de 1997 (Ley N° 1.160/97), que establece estas conductas Capítulo VII, denominado “**Hechos Punibles contra el Ámbito de Vida y la Intimidad de la Persona**”, siendo la intimidad el bien jurídico objeto de protección legal. Dentro de este Capítulo, encontramos de manera adecuada distintas conductas lesivas a la intimidad. La intimidad documental se encuentra tipificada en el artículo 146 que expresa

Artículo 146:

- 1º El que, sin consentimiento del titular:
 1. abriera una carta cerrada no destinada a su conocimiento;
 2. abriera una publicación, en los términos del artículo 14, inciso 3º, que se encontrara cerrada o depositada en un recipiente cerrado destinado especialmente a guardar de su conocimiento dicha publicación. o que

procurara, para sí o para un tercero, el conocimiento del contenido de la publicación;

3. lograra mediante medios técnicos, sin apertura del cierre, conocimiento del contenido de tal publicación para sí o para un tercero, será castigado con pena privativa de libertad de hasta un año o con multa.

2º La persecución penal dependerá de la instancia de la víctima. Se aplicará lo dispuesto en el artículo 144, inciso 5º, última parte.

Este país mediante un solo artículo recoge todas las conductas que vulneran la intimidad contenida en documentos específicamente la relativa a la correspondencia. De este modo no solo prevé como objeto material del delito a la correspondencia, sino que incluye dentro de este artículo a las publicaciones como objeto material del delito. En cuanto a la correspondencia, solo establece como conducta típica expresa el abrir la misma y no desarrolla, como ocurre en nuestra legislación, otras conductas como lo es la publicación indebida, la supresión o divulgación del contenido. Del mismo modo observamos que en el ordinal tercero solo hace mención a la conducta de imponerse del contenido a través de medios técnicos con relación a la publicación cerrada lo que nos deja dudas sobre si este ordinal es aplicable o no a la correspondencia.

Por último, otros Códigos Penales tales como el Código Penal de Venezuela de 20 de octubre de 2000, presenta una estructura muy similar a la nuestra a pesar de ser una legislación reciente. Es así que los delitos bajo estudio, los encontramos en el Título II bajo el amparo del bien jurídico de la libertad, en el Capítulo V que trata sobre los delitos contra la inviolabilidad del secreto.

En el artículo 186 se dispone el delito de apertura indebida de correspondencia y sustracción de la misma, señalando a diferencia de nuestras normas la sustracción de la correspondencia para conocer el contenido aún cuando no esté cerrada, agravando la pena si el hecho ocasiona algún perjuicio. Igualmente, establece esta legislación como delito la supresión de correspondencia y la publicación indebida en los mismos términos que nuestro ordenamiento penal. En este mismo sentido lo desarrollan el Código Penal de Guatemala de 1973 (Decreto n. 17-73) y el de Honduras de 1983, en el que ambos lo tutelan de manera tradicional bajo el bien jurídico de la libertad reconociendo al secreto como parte de la misma, con tipos penales similares a los contenidos en nuestro Código Penal.

2. La Intimidad Documental y el Secreto Profesional

A fin de no ser repetitivos, en esta sección solo citaremos aquellos códigos penales que presentan una legislación distinta a la nuestra, ya que encontramos que la mayoría de los países tipifican la violación del secreto profesional en términos muy similares al artículo 170 del Código Penal de nuestro país.

Como lo establecimos al analizar el delito de violación del secreto profesional, el derecho a la intimidad, específicamente la intimidad documental, también se encuentra resguardada en el llamado secreto profesional, ya que lo que se protege es la reserva y confidencialidad de la información de quien la obtiene en razón de su profesión y su relación con el sujeto pasivo de este delito.

En el Código Penal de Alemania, el secreto profesional como delito está tipificado en los artículos 203 bajo la denominación “**Violación de Secretos Privados**”, el artículo 203 indica:

Artículo 203: Violación de secretos privados

(1) Quien sin autorización revele un secreto ajeno, es decir, un secreto perteneciente al ámbito de la vida personal, o un secreto de empresa o negocio, que le haya sido encomendado a él, o que de otra manera lo haya conocido como:

1. médico, odontólogo, médico veterinario, farmacéutico, o miembro de otra profesión de salud que requiera para su ejercicio profesional o para la denominación profesional una formación regulada por el Estado.

2. psicólogos profesionales con examen final científico reconocido por el Estado,

3. Abogado, abogado de patente, notario, defensor en un proceso ordenado por ley, auditor, contador juramentado, asesor fiscal, apoderado fiscal u órgano o miembro de un órgano de una sociedad de revisoría económica o contable, o de asesoría de fiscal.

4. Asesor matrimonial, de familia, de educación, de juventud, así como asesor para asuntos de adicción en una dependencia de asesoría que sea reconocida por una autoridad o corporación, establecimiento o fundación del derecho público.

4a. Miembro o encargado de una reconocida dependencia de asesoría según los §§ 3 y 8 de la Ley de conflicto de embarazo.

5. Trabajador social reconocido por el Estado, o pedagogo reconocido por el Estado.

6. Personal de una empresa del sector privado de seguro contra enfermedades, accidentes o de vida o de una Caja de Compensación será castigado con pena privativa de la libertad hasta un año o con multa.

(2) De la misma manera será castigado quien revele sin autorización un secreto ajeno, es decir, que pertenezca al ámbito personal de la vida o un secreto de empresa o de negocios que le haya sido encomendado o que de lo contrario lo haya conocido como:

1. titular de cargo,

2. de persona especialmente obligada por el servicio público.
 3. persona que asuma las tareas o competencias según el derecho de representaciones personales.
 4. miembro de un comité de investigación de un órgano legislativo federal o de otro comité o Consejo, que no sea él mismo miembro del órgano legislativo o auxiliar de un tal comité o Consejo o
 5. perito comisionado públicamente que formalmente haya sido obligado a l cumplimiento consciente de sus obligaciones de acuerdo con una ley.
- A un secreto en el sentido del inciso 1 se equiparan indicaciones individuales sobre condiciones personales o fácticas de otro, que hayan sido recopiladas para trabajos de la administración pública; sin embargo la frase 1 no debe aplicarse, en cuanto tales indicaciones se den a conocer por parte de otras autoridades u otras dependencias para trabajos de la administración pública y la ley no lo prohíba.
- (3) A los descritos en el inciso 1 se equiparan sus auxiliares profesionales y las personas que estén trabajando con ellos para su preparación profesional. A los descritos en el inciso 1, frase 1 se equipara además después de la muerte de quien ha sido obligado a guardar el secreto, quien haya obtenido el secreto de parte del difunto o por herencia.
- (4) Los incisos 1 a 3 también deben aplicarse cuando el autor revele sin autorización el secreto ajeno después de la muerte del afectado.
- (5) si el actor actúa contra remuneración o en la intención de enriquecerse o enriquecer a otro, o de perjudicar a otro, entonces el castigo, será pena privativa de la libertad hasta dos años o multa.

Este artículo no solo hace referencia a secretos pertenecientes al ámbito de la vida personal sino que también incluye los secretos empresariales, ya sea que se le haya encomendado o que lo conociere por ejercicio de una profesión, resguardando de este modo la intimidad tanto de las personas naturales como la de las personas jurídicas.

Se enumera en el citado artículo distintas profesiones que por su naturaleza tienen que respetar el deber al sigilo que impone, entre estas se establecen a los médicos, sicólogos, abogados, asesores de distintas clases, contadores, auditores, trabajadores sociales, corredores de seguros, entre otros.

En este mismo orden de ideas, en este mismo artículo se sanciona otro tipo de sujeto activo, cuando el conocimiento se obtenga mediante el ejercicio de un cargo lo que constituye el llamado secreto laboral, desarrollado también dentro de esta norma.

Nos parece interesante también que se incluye expresamente como autores del delito al *extraneus* del que hicimos referencia cuando analizamos la participación criminal en el delito de revelación del secreto profesional, ya que el legislador alemán en el inciso tercero enuncia a los auxiliares profesionales y a las personas que estén trabajando con ellos como ejecutores de la acción típica y antijurídica, siendo pues, considerados como autores del hecho.

Igualmente, se protege también el secreto de la persona difunta y se agrava la conducta cuando quien la ejecuta lo hace por remuneración.

El Código Penal Español de 1997, contiene este delito en el artículo 199 expresando esta norma que:

Artículo 199:

1. El que revelare secretos ajenos, de los que tenga conocimiento por razón de su oficio o sus relaciones

laborales, será castigado con la pena de prisión de uno a tres años y multa de seis a doce meses.

2. El profesional que, con incumplimiento de su obligación de sigilo o reserva, divulgue los secretos de otra persona, será castigado con la pena de prisión de uno a cuatro años, multa de doce a veinticuatro meses e inhabilitación especial para dicha profesión por tiempo de dos a seis años.

En este artículo, siguiendo la fórmula alemana, se incluyen dos conductas, los delitos contra el secreto laboral en el numeral primero y el de violación del secreto profesional en el numeral segundo de esta norma.

A diferencia de la legislación alemana, el codificador español solo menciona como sujeto activo del delito al profesional y no enumera taxativamente cuáles son las profesiones que entran dentro del ámbito de esta conducta penal, lo que nos parece correcto toda vez que al enumerarse estas, ello pudiera traer como consecuencia que queden por fuera otras profesiones no mencionadas dentro del catálogo desarrollado en el código penal.

Así también, nos parece adecuado el hecho de que se señale además que se trate de profesiones con obligación al deber de sigilo o reserva, ya que efectivamente lo que se trata de proteger son aquellas confidencias que se efectúan por naturaleza de la profesión que se trate.

El Código Penal Francés, lo desarrolla en el artículo 226-13 dentro de lo que se denomina atentados contra el secreto, amparado bajo la tutela de la

personalidad, aspecto que ya explicamos con anterioridad. Este artículo dispone que:

Artículo 226-13:

La revelación de una información de carácter secreto por parte de una persona que haya sido depositaria de la misma, bien por su posición o profesión, bien debido a una función o una misión temporal, será castigada con un año de prisión y multa de 100.000 francos.

El artículo 226-13 no será aplicable en los casos en que la ley imponga o autorice la revelación del secreto. Asimismo, no será aplicable:

1º A aquel que informe a las autoridades judiciales, médicas o administrativas de privaciones o de sevicias, incluidos los atentados sexuales, de los que se haya tenido conocimiento y que hayan sido infligidos a un menor de quince años o a una persona que no estuviera en condiciones de protegerse por razón de su edad o de su estado físico o psíquico;

2º Al médico que, con el consentimiento de la víctima, ponga en conocimiento del *Procureur de la Republique* las sevicias que haya constatado en el ejercicio de su profesión y que le permitan presumir que se ha cometido actos de violencia sexual de cualquier tipo.

3º A los profesionales de la sanidad o de la acción social que informen al prefecto y, en París, al prefecto de policía del carácter peligroso para sí o para otros de las personas que les consulten y de las que saben que detentan un arma o que tiene manifiestamente la intención de adquirirla.

No podrá pronunciarse ninguna sanción disciplinaria por el hecho del señalamiento de sevicias por parte del médico a las autoridades competentes en las condiciones previstas en el presente artículo.

Vemos que este artículo hace referencia a que el secreto del cual se tiene conocimiento sea producto de una profesión o posición, incluyendo también el secreto laboral. Establece a su vez, una serie de excepciones en las cuales se puede romper el deber de sigilo solo en aquellas situaciones expresamente

señaladas por la ley, lo cual descriminaliza la conducta, es decir, la persona no comete delito si su actuar se fundamenta en algunas de las circunstancias enumeradas en el citado artículo, así como tampoco se le podrá imponer al profesional sanción disciplinaria alguna.

En América Latina encontramos que las legislaciones en torno a este delito son muy similares a la nuestra. (Costa Rica, Colombia, Venezuela, Honduras y Guatemala)

Sin embargo, siguiendo un poco el modelo francés y alemán, el Código Penal de Paraguay dispone en el artículo 147 que:

Artículo 147:

- 1° El que revelara un secreto ajeno:
 1. llegado a su conocimiento en su actuación como,
 - a) médico, dentista o farmacéutico;
 - b) abogado, notario o escribano público, defensor en causas penales, auditor o asesor de Hacienda;
 - c) ayudante profesional de los mencionados anteriormente o persona formándose con ellos en la profesión; o
 2. respecto del cual le incumbe por ley o en base a una ley una obligación de guardar silencio, será castigado con pena privativa de libertad de hasta un año o con multa.
- 2° La misma pena se aplicará a quien divulgue un secreto que haya logrado por herencia de una persona obligada conforme al inciso anterior.
- 3° Cuando el secreto sea de carácter industrial o empresarial, la pena privativa de libertad podrá ser aumentada hasta tres años. Será castigada también la tentativa.
- 4° La persecución penal del hecho dependerá de la instancia de la víctima. Se aplicará lo dispuesto en el artículo 144, inciso 5°, última parte.

5º Como secreto se entendera cualquier hecho dato o conocimiento

1 de acceso restringido cuya divulgacion a terceros lesionaria por sus consecuencias nocivas intereses legitimos del interesado o

2 respecto de los cuales por ley o en base a una ley debe guardarse silencio

La estructura de este articulo es muy parecida a los modelos europeos que citamos con antenoridad Es asi que el legislador paraguayo enuncia algunas de las profesiones y deja abierta la posibilidad de que ademas de estas se incluya todas aquellas que en base a la ley deban guardar el deber de sigilo Asi mismo establece sanción para quien haya tenido conocimiento del secreto como parte de una herencia entendemos que se refiere a aquellos casos en que quien comete la accion no es al que directamente se le haya realizado la manifestación pero que la conoce como voluntad de quien se encontraba obligado por ley

En este mismo articulo se define lo que es secreto senalando además del deber de sigilo los datos de acceso restringido cuya revelación lesionarian intereses del interesado Cabe resaltar que establece de manera expresa el castigo de la tentativa cuando se trate de secreto empresarial o industrial por lo cual debemos concluir que en los supuestos anteriores no se reprime la conducta tentada como tal Al igual que en las otras legislaciones citadas se trata de delitos de instancia privada es decir que requiere de querella del agraviado

En el artículo 149 de este cuerpo legal se disponen agravantes por razones económicas este artículo señala que

Artículo 149

1º Cuando los hechos punibles descritos en los artículos 147 y 148 hayan sido realizados

1 a cambio de una remuneración

2 con la intención de lograr para sí u otro un beneficio patrimonial o

3 con la intención de perjudicar a otro la pena privativa de libertad podrá ser aumentada hasta cinco años

2º Será castigada también la tentativa

3º La persecución penal del hecho dependerá de la instancia de la víctima. Se aplicará lo dispuesto en el artículo 144 inciso 5º última parte

Se agrava la pena de acuerdo a lo dispuesto en este artículo cuando la acción es cometida con fines eminentemente económicos es decir a cambio de dinero. Lo que nos parece que está demás es lo preceptuado en el numeral tercero ya que se supone que el delito por sí solo constituye un perjuicio en contra de quien se ejecuta. En este caso dispone la norma que la tentativa es punible.

B Intimidad de las Telecomunicaciones

En la legislación comparada tal y como lo pudimos comprobar al realizar el estudio de los textos constitucionales los estados garantizan la inviolabilidad de las comunicaciones. En consecuencia encontramos en la mayoría de los Códigos Penales tipos penales que sancionan la infracción del ejercicio de esta

manifestacion de la intimidad la cual se orienta a proteger ante todo las comunicaciones privadas de tipo telefonico

En nuestra legislación el Código Penal de 1982 lo desarrolla en el artículo 169 el cual tipifica en un solo artículo dos conductas por una parte las grabaciones indebidas y por la otra la escucha indebida ejecutada a través de procedimientos técnicos Veamos como se estructura en otros países los tipos penales que desarrollan estas conductas relativas a la intimidad de las telecomunicaciones

Iniciando con los países europeos en Alemania lo encontramos consagrado en el artículo 201 bajo la denominación de violación al secreto de la palabra Este artículo establece que

Artículo 201

(1) Con pena privativa de la libertad hasta tres años o con multa será castigado quien sin autorización

1 grave sobre dispositivo de sonido la palabra no pública hablada de otro o

2 utilice una grabación producida de tal manera o la haga accesible a una tercera persona

(2) De la misma manera será castigado quien sin autorización

1 oiga con un dispositivo interceptor la palabra no pública de otro y no destinada para su conocimiento o

2 comunique públicamente en su sentido literal o en su contenido esencial la palabra hablada de otro grabada según el inciso 1 numeral 1 o la palabra hablada de otro no interceptada de acuerdo con el inciso 2 numeral 1

El hecho según la frase 1 numeral 2 solo es punible cuando la comunicación pública sea apropiada para

perjudicar los intereses legítimos de otro. El hecho no es antijurídico cuando la comunicación pública se haga para defender intereses públicos relevantes.

(3) Con pena privativa de la libertad hasta cinco años o con multa, será castigado quien como titular del cargo o quien como especialmente obligado por el servicio público lesione la confidencialidad de la palabra (incisos 1 y 2).

(4) La tentativa es punible.

(5) Los aparatos de grabación del sonido y de interceptación que el autor o partícipe emplee pueden ser confiscados. Se debe aplicar el § 74.

El artículo citado a nuestro parecer, tipifica las conductas tanto de grabación indebida como la escucha ilegal, y a diferencia de nuestra legislación establece además como conducta típica el uso de una grabación obtenida ya sea cediéndola a tercero o bien por hacer uso indebido de la misma. Prevé esta norma a su vez, la escucha ilegal en el numeral segundo en la cual se describen las conductas delictivas como oír mediante dispositivo interceptor la palabra no pública de otro, de ahí pues concluimos que abarca esta norma todo tipo de comunicación incluyendo la telefónica.

Igualmente, expresa que el delito de grabación indebida solo es punible cuando la publicación cause perjuicio, y elimina el carácter antijurídico del hecho si se ejecuta con el fin de defender intereses públicos relevantes, lo cual imaginamos deberá ser resuelto por el juzgador, quien deberá ponderar si el motivo por el cual se ejecuta el acto entra se adecúa a esta categoría. Se agrava la pena cuando el delito es cometido por funcionario público, siendo la tentativa punible.

El Código Penal Español de 1997, lo norma en el artículo 197, el cual como ya comentamos desarrolla todos los delitos que afectan la intimidad. En el numeral primero esta legislación dispone que:

Artículo 197:

1. El que, para descubrir los secretos o vulnerar la intimidad de otro, sin su consentimiento... o **intercepte sus telecomunicaciones o utilice artificios técnicos de escucha, transmisión, grabación o reproducción del sonido o de la imagen, o de cualquier otra señal de comunicación**, será castigado con las penas de prisión de uno a cuatro años y multa de doce a veinticuatro meses. (el resaltado es nuestro)

El legislador español, con relación a este tipo penal, describe como conducta típica la interceptación y el uso de artificios técnicos describiendo las diferentes clases de estos, es decir, los de escucha, transmisión, grabación o reproducción sancionado también, por ende, la grabación indebida, fórmula que debiera ser acogida por nuestra legislación, a fin de poder sancionar ambas conductas cuando se realice tanto la escucha como la grabación de la comunicación. Incluye también la transmisión, circunstancia que no está prevista a nuestro juicio en nuestra norma penal, la cual únicamente contempla la escucha de conversaciones privadas, lo que debe ser recogido a fin de que la misma pueda responder a todas las situaciones posibles que presenta día a día el desarrollo tecnológico.

El Código Penal Francés, por su parte dispone esta conducta en el artículo en el artículo 226-1 relativo a los ataques a la intimidad señala que:

Artículo 226-1: Será castigado con un año de prisión y multa de 300.000 francos el hecho de atentar voluntariamente por cualquier medio la intimidad de la vida privada ajena:

1º Tomando, grabando o transmitiendo, sin el consentimiento de su autor, las palabras pronunciadas a título privado o confidencial....

Así también encontramos la violación a las telecomunicaciones como delito contra la intimidad, en lo dispuesto en los artículo 226-2 y 226-3 que al tenor indican:

Artículo 226-2:

Se castigará con las mismas penas el hecho de conservar, dar a conocer o dejar que se conozca por el público o un tercero, o de utilizar de la manera que sea cualquier grabación o documento obtenido mediante alguno de los actos previstos por el artículo 226-1. Cuando el delito previsto en el párrafo anterior sea cometido a través de la prensa escrita o audiovisual, serán aplicables en lo referente a la determinación de las personas responsables las disposiciones especiales de las leyes que regulan estas materias.

Artículo 226-3:

Serán castigados con las mismas penas la fabricación, la importación, la tenencia, la exposición, la oferta, el alquiler o la venta, en ausencia de autorización ministerial cuyas condiciones de otorgamiento estarán establecidas por decreto del *Conseil d'Etat*, de aparatos concebidos para realizar las operaciones que puedan constituir una infracción prevista en el apartado segundo del artículo 226-15 o que, concebidos para la detección a distancia de conversaciones, permitan cometer la infracción prevista en el artículo 226-1 y figuren en una lista elaborada en las condiciones establecidas en ese mismo decreto.

Igualmente será castigado con las mismas penas el hecho de realizar publicidad de un aparato

susceptible de permitir la realización de las infracciones previstas en el artículo 226-1 y en el segundo apartado del artículo 226-15, cuando dicha publicidad constituya una incitación a cometer dicha infracción.

Debemos comentar, que la legislación francesa contiene una protección integral del derecho a la inviolabilidad de las telecomunicaciones, como parte esencial del desarrollo de la intimidad. Vemos pues, que mediante el artículo 226-2 se penaliza a quien violente la intimidad a través de la transmisión o grabación de las palabras emitidas ya sea privadamente o de manera confidencial.

Así también, encontramos que además de lo anterior se sanciona en el artículo 226-2 la divulgación o cesión o uso de las grabaciones obtenidas ejecutando lo dispuesto en el artículo anterior, por lo que se subsume en un solo tipo tanto la grabación indebida como la escucha e interceptación de las comunicaciones telefónicas o de cualquier clase, ya que como se desarrolla en Alemania y España no se establece expresamente el tipo de comunicaciones en la norma.

Nos parece interesante igualmente que contempla como delito contra la intimidad la fabricación, importación, tenencia y otros supuestos que se señalan en el artículo 226-3 con relación a los aparatos que se utilizan en la ejecución de las conductas ya indicadas.

Por ultimo dado la gravedad de la ofensa el articulo 226 5 de este cuerpo legal indica que la tentativa sera castigada con las mismas penas es decir que se castiga como si el delito se hubiere consumado

En las legislaciones del continente americano existe igualmente en los distintos codigos penales normas que castigan este la comision de este delito

Asi pues elCodigo Penal costamcense la contiene en el articulo 198 bajo la premisa que se trata de captaciones indebidas de manifestaciones verbales El texto de este articulo expresa que

Articulo 198 Sera reprimido con prisi3n de uno a tres anos quien grave sin su consentimiento las palabras de otro u otros no destinadas al publico o que mediante procedimientos tecnicos escuche manifestaciones privadas que no le esten dirigidas excepto lo previsto en la Ley sobre registro secuestro y examen de documentos privados e intervencion de las comunicaciones
La misma pena se impondra a quien instale aparatos instrumentos o sus partes con el fin de interceptar o impedir las comunicaciones orales o escritas logren o no su prop3sito

Se sanciona en este articulo tanto la grabacion como la escucha indebida ejecutada por procedimientos t3cnicos exceptuando logicamente los supuestos en los que la accion se ejecuta como consecuencia de una orden emitida con apego a los procedimientos establecidos en la Ley que lo regula

Interesante es lo dispuesto en el p3rrafo segundo el cual sanciona la tentativa como delito consumado ya que expresa que se impondra las mismas

penas a quien realice alguno de los actos preparatorios aun cuando logre o no su proposito

El derecho colombiano contempla una serie de conductas tendientes a garantizar el libre ejercicio del derecho a la intimidad contenido en las telecomunicaciones. El legislador colombiano mediante un solo artículo tutela todas las formas de comunicación sea esta oral o escrita. Esta última la hemos analizado frente a la intimidad documental. Sin embargo, somos del criterio que el artículo 192 de este Código es aplicable a las telecomunicaciones ya que como lo advertimos no se especifica en la norma el objeto material del delito ya que solo se refiere a quien entre otros supuestos impida una comunicación privada dirigida a otra persona o se entere indebidamente de su contenido.

Ahora bien, encontramos en esta legislación otras normas que sancionan distintas actividades relacionadas con la ejecución de este hecho punible. Así encontramos que mediante el artículo 193 se penaliza el ofrecimiento a cualquier título de instrumentos aptos para interceptar comunicaciones privadas, el cual señala que

Artículo 193 El que sin permiso de autoridad competente ofrezca, venda o compre instrumentos aptos para interceptar la comunicación privada entre personas, incurra en multa siempre que la conducta no constituya delito sancionado con pena mayor.

En este caso en particular la legislación colombiana ha elevado a la categoría de delito el hecho de vender, traspasar a cualquier título o comprar cualquier

clase de instrumentos destinados a ejecutar el delito de violacion de las comunicaciones De la misma forma en una norma aparte se pena la utilizacion ilicita de equipos transmisores o receptores o la posesion de los mismos esta indica que

Articulo 197 El que con fines ilicitos posea o haga uso de aparatos de radiofonia o television o de cualquier medio electrónico diseñado a adaptado para emitir o recibir señales incurra por esta sola conducta en prision de uno (1) a tres (3) años

ElCodigo Penal de El Salvador de 1997 contiene en el Capitulo Segundo los delitos relativos a la intimidad Especificamente en el articulo 186 regula la intimidad contenida en las telecomunicaciones cuyo contenido es el siguiente

Articulo 186 El que con el fin de vulnerar la intimidad de otro interceptare impidiere o interrumpiere una comunicacion telegrafica o telefonica o utilizare instrumentos o artificios tecnicos de escucha transmision o grabacion del sonido la imagen o de cualquier otra senal de comunicacion será sancionado con prision de seis meses a una año y multa de cincuenta a cien dias multa

Si difundiere o revelare a terceros los datos reservados que hubieren sido descubiertos a que se refiere el inciso anterior la sancion sera de prision de seis meses a un ano y multa de cien a ciento cincuenta dias multa

El tercero a quien se revelare el secreto y lo divulgare a sabiendas de su ilicito origen sera sancionado con multa de treinta a cincuenta dias multa

Contempla esta norma penal diferentes conductas tipicas relativas a la vulneración del desarrollo de las telecomunicaciones acogiendo como objeto materiales del delito la comunicacion telegrafica que a nuestro criterio es mas de

tipo documental ampliando su marco de aplicación a cualquier otra señal de comunicación. Contiene a su vez, el delito de grabación indebida incluyendo dentro del tipo la tutela de la propia imagen del sujeto pasivo.

Sanciona también la divulgación de la información obtenida aumentando la pena si se consuma además de la acción prevista en el primer párrafo el conocimiento de los datos obtenidos, además de sancionar también al tercero que conociere de la información siempre y cuando lo revelare a otras personas pero con una pena menor de días multa.

Paraguay, también posee este delito dentro de los delitos relativos a la intimidad y al respecto el artículo 144 dice:

Artículo 144:

1º El que sin consentimiento del afectado:

1. escuchara mediante instrumentos técnicos;
2. grabara o almacenara técnicamente; o
3. hiciera, mediante instalaciones técnicas, inmediatamente accesible a un tercero, la palabra de otro, no destinada al conocimiento del autor y no públicamente dicha, será castigado con pena privativa de libertad de hasta dos años o con multa.

La norma citada establece al igual que otras legislaciones estudiadas, los delitos de grabación y escucha indebida, incluyéndolo dentro del catálogo de los delitos que vulneran la intimidad, acción que como se expresa debe ser realizada sin el consentimiento del afectado, siendo su estructura muy parecida a lo previsto en nuestro Código Penal.

Por ultimo Peru tiene dos normas en las cuales se podria encuadrar este hecho ilicito Es asi que en el articulo 154 que se encuentra ubicado dentro de los delitos que afectan la intimidad establece que

Articulo 154 El que viola la intimidad de la vida personal o familiar ya sea observando escuchando o registrando un hecho palabra o escrito o imagen valiendose de instrumentos procesos tecnicos u otros medios sera reprimido con pena privativa de libertad no mayor de dos años

La pena será no menor de uno ni mayor de tres años y de treinta a ciento dias multa cuando el agente revela la intimidad conocida de la manera antes prevista

Si utiliza algun medio de comunicacion social la pena privativa de libertad sera no menor de dos ni mayor de cuatro años y de sesenta a ciento dias multa

Vemos que de acuerdo al contenido de este articulo se exige un dolo directo tendiente a la violacion de la intimidad no solo personal sino tambien se incluye a la familiar Preve varias circunstancias entre las que se encuentra la escucha y grabacion mediante el uso de instrumentos tecnicos o de cualquier otro con lo que no lo limita solo a estos medios También se agrava la revelacion a terceros aumentando aun mas la sancion si se utiliza a los medios de comunicacion situacion que no está prevista en otras legislaciones que hemos estudiado y consideramos es conveniente ya que regularmente estos actos se incluyen dentro de los delitos contra el honor sin embargo puede existir casos en los que no se cometa una injuria pero que si se afecte a traves de las manifestaciones hechas la intimidad de alguien

A pesar de existir esta norma encontramos que en el artículo 162 de este Código Penal está prevista como delito la interferencia telefónica cuyo contenido es el siguiente

Artículo 162 El que indebidamente interfiere o escucha una conversación telefónica o similar será reprimido con pena privativa de libertad no menor de uno ni mayor de tres años
Si el agente es funcionario público la pena privativa de libertad será no menor de tres ni mayor de cinco años e inhabilitación conforme el artículo 36 incisos 1 2 y 4

Este artículo está dirigido a sancionar únicamente la interferencia de las conversaciones telefónicas lo que consideramos que no es muy adecuado toda vez que el artículo anterior sanciona ya este hecho el cual constituye uno de los supuestos que contempla el artículo 154 antes analizado. Si bien referimos que el artículo 154 exige la existencia de un dolo directo dirigido a violar la intimidad lo cierto es que independientemente de ello este tipo de actos conlleva inmerso como fin el descubrir aspectos relevantes de la vida privada de una persona motivo por el cual no nos parece correcto que se establezca en dos artículos diferentes un mismo delito

C Intimidad Informática

Antes de analizar el derecho extranjero tal y como lo hemos comentado en nuestro Código Penal de 1982 esta clase de delitos no estaban regulados de manera expresa ya que dicho Código Penal de Panamá databa del año de 1982 y pese a que sufrió una gran cantidad de modificaciones dirigidas ya sea

para adecuar los tipos penales tradicionales a las nuevas conductas delictivas o bien para aumentar las sanciones aplicables a los autores o partícipes de delitos de alta sensibilidad social no logro adecuarse a las exigencias de los tiempos actuales aun cuando a nivel constitucional existia regulacion al respecto especificamente el tema de Habeas Data introducido en la ultima reforma constitucional ademas de la Ley N° 6 del 22 de enero de 2002 que dicta normas para la transparencia de la gestion publica y establece la Accion de Habeas Data la cual preve sanciones de tipo administrativo

Entonces a nuestro juicio tanto ahora como antes lo que nuestra legislacion requiere con urgencia son actualizaciones juridicas a la altura de las nuevas tecnologias de la informacion incluyendo este tipo de infracciones informaticas en materia penal y una ley organica de proteccion de datos efectiva donde se sancione el mal uso de la informatica que pueda afectar derechos fundamentales y que constituyen por tanto violaciones a los derechos humanos Sobre este aspecto el nuevoCodigo Penal de Panamá de 2007 respondiendo a esta necesidad incluye estas conductas delictivas como lo veremos más adelante

Como politica criminal varios paises a fin de dar respuesta a este tipo de ataques han elevado a la categoria de delito aquellas conductas delictivas relacionadas con la manipulacion de las bases de datos como medida de represion contra la llamada delincuencia informatica

Lo anterior se justifica, ya que el auge de las nuevas tecnologías de la información ha generado un cambio radical en las dinámicas sociales de comunicación en el mundo entero.

La tendencia global generalmente se inclina por mostrar las ventajas que conllevan esos avances para toda la humanidad, olvidando en cierta medida la posibilidad de indagar sobre las formas ocultas de acceder, manipular o dañar la información. Esos abusos maliciosos de la tecnología y la información a que se accede con ella, ya preocupa a los legisladores de distintos países, donde se han adoptado nuevas formas jurídicas de regulación, veamos pues cómo se ha regulado esta materia en otras legislaciones.

En Europa, es donde con certeza y sin temor a equivocarnos se ha desarrollado con amplitud leyes tanto penales como administrativas que regulan las llamadas bases de datos.

Alemania, es el país pionero en lo que concierne a la protección de la llamada intimidad informática. Es así, que nos comenta ROMEO CASABONA que mediante Sentencia del Tribunal Constitucional Alemán del 15 de diciembre de 1983, se construye el concepto de autodeterminación informativa que lo define como "la facultad del individuo derivada de la idea de autodeterminación, de decidir básicamente por sí mismo cuándo y dentro de qué límites procede revelar situaciones referentes a la propia vida". (ROMEO CASABONA, Op. Cit., p. 42)

Dentro de esta Sentencia el Tribunal Constitucional de este país marco el inicio de la protección de los datos contenidos en sistemas informáticos al respecto señalo que

El libre desarrollo de la personalidad presupone en las condiciones modernas de tratamiento de datos la protección del individuo contra la recogida el almacenamiento la utilización y la transmisión ilimitadas de los datos concernientes a las personas. Esta protección cae por lo tanto dentro del ámbito del derecho fundamental del artículo 2º párrafo 1º (derecho al libre desarrollo de la personalidad) en relación con el artículo 1º (derecho a la dignidad del ser humano) de la Ley Fundamental. El derecho fundamental garantiza en efecto la facultad del individuo de decidir básicamente por sí solo sobre la difusión y la utilización de sus datos personales (Sentencia 15 de diciembre de 1983 en ROMEO CASABONA Op Cit p 42)

De este modo varios países europeos se vieron influenciados por este criterio iniciándose la reglamentación tanto a nivel penal como extrapenal de la protección de datos

El Código Penal de este país contiene este delito en el artículo 202 a el cual expresa que

Artículo 202 a

- (1) Quien sin autorización se procure para sí o para otros datos que no estén destinados para el y que estén especialmente asegurados contra su acceso no autorizado será castigado con pena privativa de la libertad hasta tres años o con multa
- (2) Datos en el sentido del inciso 1 son solo aquellos que se almacenan o transmiten en forma electrónica

magnetica o de otra manera en forma no
inmediatamente perceptible

El artículo citado de acuerdo a su texto sanciona el solo hecho de acceder a la información sin la autorización del titular de la misma explicando dentro de la misma norma el concepto de dato como objeto material del delito indicando que son únicamente aquellos datos que se almacenan o transmiten en forma electrónica en resumen se trata de informaciones contenidas en banco de datos contenidas en soportes informáticos Por consiguiente el delito se consuma una vez se accede a la información independientemente sin con esta se causa perjuicio o no

Así también cuenta este país con la Ley sobre la Protección de Datos Individuales del 27 de enero de 1977 dentro de la cual se describen acciones punibles cuyo texto señala

Artículo 41 El que sin la debida autorización

- 1 comuniquen o modifiquen o
- 2 recuperen o se procuran a partir de archivos en depósitos adecuados datos referidos a personas y protegidos por la presente ley que no fueren de dominio público será castigado con pena de privación de libertad de un año como máximo o con pena multa

Si el autor obrare por precio o con el propósito de procurarse a sí mismo o a otro un lucro o de causar perjuicio a otro la pena será privativa de libertad de dos años como máximo o de multa

El hecho solo será perseguido a instancia de parte

Dentro de este artículo se señalan diferentes conductas típicas entre las que encontramos el comunicar modificar datos protegidos de carácter privado

Presenta tambien un tipo agravado que se configura cuando el delito es cometido por razones economicas o bien con el animo de causar perjuicio imaginamos debe tratarse de un perjuicio especifico debidamente comprobado Por ultimo se trata de un delito de instancia privada dejando de este modo a criterio del sujeto pasivo del hecho ilicito si acciona a nivel penal puesto que se trata de un derecho personalisimo es decir la intimidad

En España debemos partir indicando que la intimidad informatica se encuentra consagrada en su Constitucion de 1978 en el articulo 18 que consagra el derecho a la intimidad y establece en el numeral cuarto del referido articulo que la ley limitara el uso de la informatica para garantizar el honor y la intimidad personal de los ciudadanos y el pleno ejercicio de sus derechos

En este orden de ideas se establece como delito en el articulo 197 parrafo segundo y tercero que a la letra dicen

Articulo 197

Las mismas penas se impondran al que sin estar autorizado se apodere utilice o modifique en perjuicio de tercero datos reservados de caracter personal o familiar de otro que se hallen registrados en ficheros o soportes informáticos electronicos o telematicos o en cualquier otro tipo de archivo o registro publico o privado Iguales penas se impondran a quien sin estar autorizado acceda por cualquier medio a los mismos y a quien los altere o utilice en perjuicio del titular de los datos o de un tercero

Se impondra la pena de prisi3n de dos a cinco años si se difunden revelan o ceden a terceros los datos o

hechos descubiertos o las imágenes captadas a que se refieren los números anteriores

Será castigado con las penas de prisión de uno a tres años y multa de doce a veinticuatro meses el que con conocimiento de su origen ilícito y sin haber tomado parte en su descubrimiento realizare la conducta descrita en el párrafo anterior

Si los hechos descritos en los apartados 1 y 2 de este artículo se realizan por las personas encargadas o responsables de los ficheros soportes informáticos electrónicos o telemáticos archivos o registros se impondrá la pena de prisión de tres a cinco años y si se difunden ceden o revelan los datos reservados se impondrá la pena en su mitad superior

Igualmente cuando los hechos descritos en los apartados anteriores afecten a datos de carácter personal que revelen la ideología religión creencias salud origen racial o vida sexual o la víctima fuere un menor de edad o un incapaz se impondrán las penas previstas en su mitad superior

Si los hechos se realizan con fines lucrativos se impondrán las penas respectivamente previstas en los apartados 1 al 4 de este artículo en su mitad superior Si además afectan a datos de los mencionados en el apartado 5 la pena a imponer será la de prisión de cuatro a siete años

Este tipo penal en el primer párrafo describe tres acciones típicas que son apoderarse utilizar modificar o acceder lo que de acuerdo RUIZ MARCO requieren previa o simultáneamente el acceso de datos bien porque se accede a la base o fichero a través de las diversas formas que posibilita la moderna informática de tal modo no parece aventurado afirmar que la esencia de la conducta criminalizada es el acceso a los datos personales de otro con las consecuencias que de ello se derivan en lo referente a la tipicidad de la conducta (RUIZ MARCO Op Cit p 76)

El objeto material que contiene la norma son datos de carácter personal o familiar, por lo que comprendemos que es necesario a fin de se configure la conducta típica que estos pertenezcan al ámbito mencionado. Igualmente debe tratarse de datos reservados., los que según ROMEO CASABONA "son de acceso o conocimiento limitado para terceros ajenos al fichero en el que se hallan registrados y archivados, aunque no sean íntimos en sentido estricto". (ROMEO CASABONA, Op. Cit., p.110)

Al respecto, ALFONSO LASSO comenta que "todos lo datos personales, una vez insertos en un fichero automatizado son reservados. Por tanto, habremos de concluir que no existen datos personales automatizados que sean reservados y otros que no lo sean. Sino que, por el contrario, habrá de interpretarse en todo caso que todos los datos personales automatizados quedan y están protegidos penalmente a través de este precepto". (ALFONSO LASSO, 2002, p.9)

Igualmente exige un dolo directo o específico que consiste en ejecutar la acción típica en perjuicio de tercero, es decir, del titular de los datos constituyendo lo anterior cualquier clase de perjuicio que cause un menoscabo a la intimidad del sujeto.

En los siguientes párrafos se encuentran los tipos agravados, dentro de los cuales se aumenta la sanción cuando se cometan las conductas de apoderamiento, utilización, modificación, cesión o revelación de los datos de carácter personal. De la misma forma, impone sanción al partícipe, que sin

tomar parte en la ejecución del descubrimiento. ejecuta alguna de las conductas previstas en el párrafo tercero.

Así también se agrava la pena por la calidad del sujeto activo del delito e igualmente si con ello se revelan datos concernientes a la ideología, religión, creencias, salud, origen racial o vida sexual, o bien por la calidad del sujeto pasivo cuando esta fuere un menor de edad o un incapaz.

En el código penal francés, encontramos este delito descrito en diversos artículos dentro de la Sección V denominada "De los atentados a los derechos de la persona resultante de ficheros o tratamientos informáticos", los cuales penalizan diferentes delitos tanto de acción como de omisión que pueden cometerse en contra de bases de datos. Sin embargo, el artículo 226 -22 es el que hace referencia a este delito relacionado directamente con la intimidad, y es así que dispone que:

Artículo 226-22: El hecho cometido por quien haya recogido en ocasión de su registro, clasificación, transmisión o cualquier otra forma de tratamiento, informaciones nominativas cuya divulgación tuviera por efecto atentar contra la reputación del interesado o a la intimidad de su vida privada, de poner estas informaciones, sin autorización del interesado, en conocimiento de un tercero no autorizado para recibirlas será castigado con un año de prisión y multa de 100.000 francos.

La divulgación prevista en el párrafo anterior será castigada con multa de 50.000 francos cuando haya sido cometida por imprudencia o negligencia.

La conducta típica a nuestro criterio se resume en divulgar la información o poner en conocimiento de otros la misma sin autorización de su titular según se desprende del texto de este artículo. También prevé la comisión de este delito a título culposo ya que sanciona el hecho con pena pecuniaria de efectuarse por imprudencia o negligencia.

Determina la existencia de un dolo directo que consiste en que la conducta debe ser realizada con el fin de atentar contra la reputación o la intimidad del interesado lo cual no solo se orienta a proteger este último sino también se incluye el honor como otra forma de afectación.

Al igual que en el derecho español el cual contiene un tipo agravado frente a determinada clase de datos en el artículo 226.19 se protege los datos de alta sensibilidad tales como lo de origen racial políticos filosóficos o religiosos o referente a las costumbres de las personas preceptuando que la inclusión de esta información debe hacerse sin el consentimiento expreso del interesado estableciendo para este tipo penal una penalidad de cinco años de prisión y 2 000 000 de francos como multa lo que a comparación del artículo 226.2 es una pena mayor por tratarse de datos de alta sensibilidad.

En América Latina en algunos países las reformas constitucionales tomaron en cuenta la problemática de la protección de las bases de datos y en consecuencia de la limitación legal del uso de la informática que pueda afectar el derecho a la intimidad.

Costa Rica, contiene como ya lo precisáramos todas las conductas concernientes a la protección de la intimidad en medios informáticos en el artículo 196 Bis de su Código Penal, el cual es del siguiente contenido:

ARTÍCULO 196 BIS: Será reprimida con pena de prisión de seis meses a dos años, la persona que, para descubrir los secretos o vulnerar la intimidad de otro, **sin su consentimiento, se apodere, accese, modifique, altere, suprima, intercepte, interfiera, utilice, difunda o desvíe de su destino, mensajes, datos e imágenes contenidas en soportes: electrónicos, informáticos, magnéticos y telemáticos.** La pena será de uno a tres años de prisión, si las acciones descritas en el párrafo anterior, son realizadas por personas encargadas de los soportes: electrónicos, informáticos, magnéticos y telemáticos.

Con un contenido muy parecido a las legislaciones europeas, este país, mediante un único artículo, desarrolla todas aquellas conductas lesivas a la intimidad desarrollada en medios informáticos. Además de otros objetos materiales, los cuales analizamos previamente al tratar el tema sobre la intimidad documental, incluye a los datos contenidos en soportes informáticos como objeto sobre el cual recae este ilícito.

De este modo contiene distintas conductas típicas, entre las que se enumera el acceder, apoderar, modificar utilizar, difundir o desviar este tipo de información, incluyendo como elemento objetivo del tipo penal el consentimiento del ofendido.

Contempla como agravante si el sujeto activo del delito es quien tiene a su cargo los soportes de los que se hace mención.

En el Código Penal Colombiano, a pesar que en su Constitución Política en el artículo 15 dispone que los ciudadanos tienen derecho "de igual modo a conocer, actualizar y rectificar informaciones que se hayan recogido sobre ellas en bancos de dato y en archivos de entidades públicas y privadas", no encontramos dentro de su articulado norma alguna que preceptúe de manera directa la vulneración de las bases de datos. Sin embargo, encontramos dentro de los delitos contra la intimidad el acceso abusivo a un sistema informático en el artículo 195 que indica que:

Artículo 195: El que abusivamente se introduzca en un sistema informático protegido con medida de seguridad o se mantenga contra la voluntad de quien tiene derecho a excluirlo, incurrirá en multa.

Definitivamente de su texto se desprende que se acoge el sentido de lo que es la autodeterminación informática, ya que refiere a l derecho de exclusión que el mismo conlleva. Sin embargo, consideramos que esta norma lo que protege es al sistema en si, prohibiendo el acceso al mismo en contra de la voluntad de quien lo posee.

Ecuador, introduce a través de la Ley N° 67 del 17 de abril de 2002 una serie de modificaciones a su legislación penal, específicamente en materia informática.

Es así que, que mediante el artículo 58 de esta Ley se adiciona al artículo 202 lo relativo las bases de datos y al respecto dispone que:

Art. 202: La persona o personas que obtuvieren información sobre datos personales para después cederla, publicarla, utilizarla o transferirla a cualquier título, sin la autorización de su titular o titulares, serán sancionadas con pena de prisión de dos meses a dos años y multa de mil a dos mil dólares de los Estados Unidos de Norteamérica.

En una redacción muy sencilla este prevé cada una de las conductas típicas que pueden afectar la reserva de las bases de datos penalizando la cesión, divulgación o transferencia a cualquier título, es decir, sin importar si es por motivos económicos o no.

Ahora bien, entendemos que el solo acceso a la información no constituye una conducta típica dentro de este artículo debiendo configurarse algunos de los supuestos que establece la disposición, siendo entonces el solo acceso no punible mediante la aplicación de esta.

Esto encuentra su explicación en el hecho de que en un artículo aparte se contempla el acceso a sistemas informáticos como delito, por lo que concluimos que de darse el acceso, y además alguna de los presupuestos descritos en esta norma, ello se deberá resolver a través de las reglas del concurso de delitos.

El Código Penal Salvadoreño de 1997, lo encontramos en el artículo 184 el cual es del texto siguiente:

Artículo 184: ...o se apodere de datos reservados de carácter personal o familiar de otro, registrados en ficheros, soportes informáticos o de cualquier otro tipo de archivo o registro público o privado, será sancionado con multa de cincuenta a cien días multa. Si difundiere o revelare a terceros los datos reservados que hubieren sido descubiertos, a que se refiere el inciso anterior, la sanción será de cien a doscientos días multa. El tercero a quien se revelare el secreto y lo divulgare a sabiendas de su ilícito origen, será sancionado con multa de treinta a cincuenta días multa.

Esta norma contempla como conducta típica el apoderamiento de los datos registrados en medios informáticos. Siguiendo el modelo español, contiene como objeto material aquellos datos concernientes no solo a la vida personal sino también a los de índole familiar, contenidos en registros tanto públicos como privados.

Nos parece que la técnica legislativa utilizada, es muy adecuada ya que al unificar la acción típica en un solo verbo rector, ello evita confusiones al momento de ser aplicada.

Contempla también tipos agravados cuando se revele la información e igualmente como lo hace España, sanciona al tercero que conociendo el origen ilícito de la información divulgue o revele la misma.

Para concluir el examen del derecho comparado, nos referiremos a la legislación penal del Perú, la cual en términos muy similares a las legislaciones ya estudiadas contempla los delitos contra la intimidad contenida en las bases de datos. Es así que en su artículo 157 expresa que:

Artículo 157: El que indebidamente organiza, proporciona o emplea cualquier archivo que tenga datos referentes a las convicciones políticas o religiosas y otros aspectos de la vida íntima de una o más personas, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de uno ni mayor de cuatro años. Si el agente es funcionario o servidor público y comete el delito en ejercicio del cargo, la pena no será menor de tres ni mayor de seis años e inhabilitación conforme al artículo 36º. incisos 1,2,4.

A diferencia de otros países. Perú incluye como conducta típica el organizar, verbo rector que consideramos no es adecuado ya que puede interpretarse de diferentes formas. Sin embargo, entendemos que esta acción se vincula a actos previos a la creación de una base de datos.

Nos llama la atención que no refiere al lugar en donde se encuentre contenido el objeto material del delito, por lo que debemos concluir que la norma es aplicable a cualquier base de datos o archivo sea este informático o no.

A su vez, hace en primera instancia una relevancia a los datos sensibles de tipo ideológico, agregando además aquellos relativos a la vida íntima de las personas. Como hemos visto en otros ordenamientos, se agrava la pena si el sujeto activo es un funcionario que comete la conducta en ejercicio de sus funciones.

Hemos visto pues, cómo en casi todas las legislaciones están previstas conductas lesivas al derecho de la intimidad, algunas lo reconocen como bien jurídico protegido de manera directa acogiendo las concepciones modernas, otras mantienen la idea tradicional que la misma constituye una manifestación

de la libertad, pero aún así encontramos que los Estados se han preocupado por garantizar el ejercicio de este derecho a sus asociados, aceptando pues el peligro que constituye para este sobre todo, la evolución informática.

Así también debemos señalar que la política criminal frente a la tutela de este derecho fundamental se orienta luego de los razonamientos anteriores, a incluir sólo aquellas conductas que realmente constituyan una importante agresión a la intimidad de las personas, dado pues, que la misma se presenta en diversas manifestaciones, consideramos que en base a los criterios de que el derecho penal debe ser la *ultima ratio*, es lo que debe procurarse a fin de no solucionar todos los conflictos únicamente a través de mecanismos represivos.

II. Los Delitos contra la Intimidad en el Nuevo Código Penal de 2007.

En nuestro país se aprobó la Ley N° 14 del 18 de mayo de 2007, con la cual se adoptó el nuevo Código Penal y se derogó el Código Penal vigente (Ley 18 de 22 de septiembre de 1982) con todas sus reformas.

A este Código se le dio un término de *vacatio legis* de un año, por lo que empezó a regir en mayo de 2008.

Dentro del mismo se ha realizado una nueva estructura de la parte general y se han creado nuevos delitos, entre estos los relativos a la intimidad.

Es así que encontramos estas figuras delictivas en el Título II donde se ubican los Delitos contra la Libertad dentro del Capítulo III bajo la denominación de los Delitos contra la Inviolabilidad del Secreto y el Derecho a la Intimidad

Iniciando con el bien jurídico protegido vemos que se mantiene la libertad como objeto de tutela penal por ende se establece a la intimidad como parte de la misma. A diferencia del código penal actual se incluye a la intimidad de manera expresa como parte del ejercicio de la libertad concepto que como lo hemos sostenido y de acuerdo a la doctrina dominante se ha superado ya que su concepto no se limita únicamente al valor de la voluntad del titular del ámbito de la intimidad o bien a la idea de disposición patrimonial que fundamenta la doctrina que la conceptúa como parte del ejercicio de la libertad personal

Hoy en día la intimidad es considerada un derecho fundamental con autonomía propia constituyendo un derecho de la personalidad y dejando de ser por tanto parte de un derecho general como lo es la libertad personal debiéndose acoger en este nuevo ordenamiento jurídico las doctrinas modernas al respecto

Consideramos también que no es acertada la distinción que se hace entre intimidad y secreto ya que hemos precisado que el secreto es una manifestación de la intimidad y a partir del cual se ha tratado de delimitar su ámbito. Por ende creemos que a pesar de que se estableció la protección de

este derecho de manera expresa no se debió titular el capítulo como delitos contra la intimidad y la inviolabilidad del secreto sino que se debió dejar solamente como delitos contra la intimidad. Así también se le debió reconocer como un bien jurídico protegido autónomo y no mantener la postura tradicional que la considera como ámbito de la libertad es decir que se debió crear un capítulo solo para desarrollar esta clase de infracciones a la ley penal.

Las conductas contra la intimidad documental las encontramos en los artículos 162, 163 y 164.

El artículo 162 es del siguiente contenido:

Artículo 162 Quien se apodere o informe indebidamente del contenido de una carta, mensaje de correo electrónico, pliego, despacho cablegráfico o de otra naturaleza que no le haya sido dirigido, será sancionado con prisión de uno a tres años o su equivalente en días multa o arresto de fines de semana.

Cuando la persona que ha cometido el delito obtiene algún beneficio o divulga la información obtenida y de ello resultara perjuicio, será sancionada con dos a cuatro años de prisión o su equivalente en días multa, prisión domiciliaria o trabajo comunitario. Si la persona ha obtenido la información a que se refiere el párrafo anterior como servidor público o trabajador de alguna empresa de telecomunicación y la divulga, la sanción se aumentará de una sexta parte a la mitad.

Respecto al sujeto activo de delito, el mismo se mantiene como un sujeto activo no calificado es decir la acción típica puede ser ejecutada por cualquier persona.

En cuanto a la conducta típica observamos que la misma se resume en dos verbos rectores que son apoderarse e informarse ampliándose las mismas con relación a la redacción del artículo 166 del Código Penal actual el cual únicamente preveía como conducta típica el abrir indebidamente el objeto material que designaba. Lo anterior nos parece acertado ya que incluye por una parte el apoderamiento e igualmente sanciona el informarse es decir conocer el contenido.

Vemos sin embargo que en este se excluye el conocimiento por medios técnicos cuando se accede al documento sin abrirlo y se conoce su contenido a través de la utilización de estos procedimientos. Consideramos que no se debió excluir esta modalidad ya que precisamente los avances tecnológicos permiten la ejecución de estas conductas mediante estos tipos de procedimientos por lo que se debió incluir esta modalidad dentro de este tipo penal. Sin embargo a pesar de lo anterior somos del criterio que la conducta no será atípica toda vez que al establecerse como verbo rector el informarse de su contenido ello permite que se verifique una conducta bajo estas circunstancias la misma perfectamente puede ser sancionada bajo los presupuestos enmarcados en la norma ya que deja abierta la posibilidad que dicha acción se verifique por cualquier medio.

En lo que se refiere al objeto material el mismo se amplía ya que refiere que la acción típica recaiga sobre carta mensaje de correo electrónico pliego

despacho cablegrafico o de otra naturaleza incluyendose de manera expresa la correspondencia que se ejecuta a traves de medios informaticos

Las sanciones se aumentan de manera considerable ya que actualmente para este tipo de conductas solo se establece una sancion de dias multa y en elCodigo Penal aprobado se le asigna pena de prision o su equivalente en dias multa o arresto de fines de semana

Contiene un tipo agravado cuando el sujeto activo ha obtenido algun beneficio aunque no precisa a que tipo de beneficio se refiere por lo que concluimos que debe tratarse de cualquier beneficio sea economico o no tambien se agrava la sancion cuando se divulga la informacion y de ello resultara perjuicio lo cual impone que deba ser debidamente acreditado este resultado o como esta reglamentado actualmente se aumenta la sancion cuando la información la obtiene y divulga servidor publico o trabajador de alguna empresa de telecomunicacion

En el articulo 163 se penalizan otras conductas relativas a la intimidad documental especificamente el delito de supresión de correspondencia este dispone que

Articulo 163 Quien sustraiga destruya sustituya oculte extravie intercepte o bloquee una carta pliego correo electronico despacho cablegrafico o de otra naturaleza dirigidos a otras personas sera sancionado con pena de prision de dos a cuatro años o su equivalente en dias multa o arresto de fines de semana la cual se aumentara en una sexta parte si

lo divulgara o revelara. Si la persona que ha cometido la acción es servidor público o empleado de alguna empresa de telecomunicación, la sanción será de tres a cinco años de prisión, la cual se aumentará en una sexta parte si lo revelara o divulgara.

En el nuevo Código Penal, se mantiene la redacción del artículo 167 del Código actual, ya que las conductas típicas que contiene son las mismas, exceptuando que se agrega otra conducta típica que es el bloquear la correspondencia, que a nuestro juicio se dirige igualmente a sancionar el evitar que la misma llegue a su original destinatario

Como lo expusimos al realizar el análisis de este tipo penal en el ordenamiento penal vigente, somos de la opinión que al establecerse varias acciones, ello puede traer problemas al momento de aplicar la norma. A fin de cuentas lo que se trata de penalizar es el evitar por cualquier medio que la correspondencia no llegue a su destino original, por lo que debiera haberse previsto el encuadramiento de conducta típica en un solo verbo rector como impedir o evitar.

Como sucede en el artículo 162, se incluye como objeto material del delito al correo electrónico e igualmente dispone agravantes si se divulga o revela el contenido del documento, para lo cual se prevé un aumento de la sexta parte y también se agrava por la calidad del sujeto activo, cuando quien ejecute la acción delictiva sea funcionario público o empleado de alguna empresa de telecomunicación.

Cabe señalar que en esta nueva legislación se aumentan considerablemente las penas ya que se establece una pena de prisión de dos a cuatro años o su equivalente en días multa o el arresto de fin de semana

El artículo 164 desarrolla el delito de publicidad indebida de correspondencia y otros documentos antes dispuesto en el artículo 168 del Código Penal vigente. El artículo 164 es del texto siguiente:

Artículo 164 Quien posea legítimamente una correspondencia, grabación o documentos privados y de carácter personal no destinados a la publicidad aunque le hubieran sido dirigidos y los haga públicos sin la debida autorización y de ello resultara un perjuicio será sancionado con doscientos a quinientos días-multa o arresto de fines de semana. No se considerará delito la divulgación de documentos indispensables para la comprensión de la historia, las ciencias y las artes. Si media el perdón de la víctima se ordenará el archivo de la causa.

En este artículo se mantiene prácticamente el texto del artículo 162 que tipifica actualmente este delito. Solamente a nuestra consideración se mejora la redacción y se modifica uno de los objetos materiales del delito puesto que actualmente además de la correspondencia y la grabación el artículo 168 refiere además papeles y los haga públicos sin la debida autorización. Este artículo por su parte expresa documentos privados y de carácter personal no destinados a la publicidad lo cual es más apropiado que el término que se utiliza actualmente ya que especifica que se trate de documentos privados y suma además como una característica que debe contener el documento que

estos sean de carácter personal, lo cual obviamente denota la protección a la intimidad.

De la misma forma preceptúa, como en la legislación actual, que el hecho debe causar perjuicio al sujeto pasivo del delito, lo que de acuerdo a nuestro criterio debiera ser eliminado ya que al tratarse de publicidad, este solo hecho constituye por si mismo un perjuicio, es decir, se encuentra inmerso en la propia conducta. Dispone la norma una sanción de tipo pecuniaria de días multa e igualmente se mantiene la excusa absolutoria que se configura cuando se trate de documentos indispensables para la comprensión de la historia, las ciencias y las artes, ahora bien, en el código actual únicamente se establecía esta excusa absolutoria cuando se tratase de documentos concernientes a la historia y hechos políticos, lo cual se amplió a las ciencias y artes, eliminándose lo concerniente a los hechos políticos los cuales se encuentran incluidos en la historia.

Se introduce además el perdón de la víctima, como medio de extinción de la pena, lo cual ocasiona el archivo del expediente. El perdón del ofendido está señalado como medio a través del cual se extingue la pena en el artículo 114, numeral 3 que dice:

Artículo 114: La pena se extingue:

1....

3. Por el perdón de la víctima, en los casos autorizados por la ley...

De acuerdo al texto citado, y a diferencia de cómo se ha concebido el perdón del ofendido no se considera ya como una causa de extinción de la acción penal sino solo de la pena.

En cuanto al secreto profesional, no encontramos en la nueva legislación artículo alguno que regule este delito. De ahí, que debemos concluir que esta conducta está despenalizada y deberá sancionarse de acuerdo a los reglamentos de cada profesión.

Si bien es cierto esto deja sentado que se han seguido ciertos criterios de política criminal, se debió ponderar que existe una realidad en nuestro país y es que no todas las profesiones u oficios se encuentran reglamentadas, consideramos que por lo sensible de la información que ciertas profesiones manejan se debió mantener esta conducta como delito, ya que este tipo de divulgación lesionan considerablemente el derecho a la intimidad.

Sin embargo, sí se ubican dentro del nuevo Código Penal, algunas conductas referentes a la revelación de información obtenida en razón de profesión o ejercicio de cargos, así tenemos que el artículo 245 tipifica el uso o divulgación de información obtenida por una relación privilegiada con la Comisión de Valores, el artículo 268 y 269 sancionan la revelación de secreto industrial o comercial y por último, el artículo 284 que protege la revelación de secretos empresariales agravando la pena si quien comete el delito es trabajador de la empresa afectada.

En cuanto a la intimidad en las telecomunicaciones, esta conducta la encontramos en el Código Penal aprobado en el artículo 165, el cual es del siguiente contenido:

Artículo 165: Quien, sin contar con la autorización de la autoridad judicial, intercepte telecomunicaciones o utilice artificios técnicos de escucha, transmisión, grabación o reproducción de conversaciones no dirigidas al público será sancionado con pena de dos a cuatro años de prisión.

La redacción de este artículo ha variado notablemente. En este se ha señalado en forma expresa como presupuesto del delito el no contar con autorización judicial expresa, lo cual deviene de las formalidades que para tales efectos dispone la Constitución Nacional.

A diferencia del artículo 169 del Código Penal vigente, ya la conducta típica no se resume solo en grabar o escuchar, ya que dispone una nueva modalidad mucho más acorde con el desarrollo tecnológico como lo es el interceptar la comunicación además de establecer como conducta típica el utilizar artificios técnicos de escucha, transmisión o grabación, con lo que se incluye también el delito de grabaciones indebidas, además de considerarse a partir de la vigencia de este código como delito la transmisión indebida de la telecomunicación.

El objeto material de esta conducta lo son las conversaciones privadas ya que dispone que no sean dirigidas al público, indicando de esta manera la privacidad que deben revestir las mismas.

La pena prevista es mucho mas consona con el daño que se produce ya que se señala un intervalo de dos a cuatro anos de pena de prision sin embargo no incluye agravantes si la conducta la realiza funcionario publico o persona que trabaje en empresas de telecomunicaciones lo cual debió haberse previsto por la calidad del sujeto activo el cual sobre todo en lo que respecta a los trabajadores de empresas de telecomunicación tiene mayor facilidad por su cargo de cometer este tipo de ilícito

Por ultimo se incluye un nuevo delito dentro del catalogo de infracciones que tradicionalmente ha previsto nuestra legislacion que es el delito de seguimiento o vigilancia contra las personas en el articulo 166 que expresa

Articulo 166 Quien sin contar con la autorización correspondiente practique seguimiento persecucion o vigilancia contra una persona con fines ilícitos sera sancionado con dos a cuatro años de prision Igual sancion se impondra a quien patrocine o promueva estos hechos

Del contenido de este articulo entendemos que esta nueva figura va en contra de aquellas vigilancias no autorizadas por las autondades correspondientes las cuales se valen de este tipo de actividad para la investigacion de delitos

Se exige para la configuracion del tipo penal que la accion se ejecute con fines ilícitos lo cual a nuestro juicio le correspondera resolver a las instancias judiciales su interpretacion toda vez que esta expresion es muy amplia y denota

la existencia previa y probada de la intención de ejecutar alguna de las conductas previstas en el ordenamiento jurídico penal como delito

En lo relativo a la intimidad informática se crean nuevas conductas penales aunque de antemano debemos señalar que ninguna está catalogada como violaciones al derecho a la intimidad

Es así que en Título VI dentro de los Delitos contra el Patrimonio Económico en el Capítulo III referente a la Estafa y otros Fraudes se ubica el artículo 222 el cual entre otros tutela los bancos o bases de datos Este artículo señala

Artículo 222 Quien para procurarse para sí o para un tercero un provecho ilícito altere modifique o manipule programas bases de datos redes o sistemas informáticos en perjuicio de un tercero será sancionado con cuatro a seis años de prisión
La sanción será de cinco a ocho años de prisión cuando el hecho sea cometido por la persona encargada o responsable de la base de datos redes o sistema informático o por la persona autorizada para acceder a estos o cuando el hecho lo cometa la persona valiéndose de información privilegiada

En primer lugar consideramos que estas conductas no deben estar incluidas dentro de los delitos cuyo bien jurídico protegido lo es el patrimonio Como lo vimos al analizar tanto la doctrina como el derecho comparado las bases de datos están concebidas como elementos integrantes de la intimidad de las personas precisamente por la naturaleza de la información que ellas contienen

por tanto vincularlas a la idea de bien patrimonial no es acertado ya que con la manipulacion de estos datos no se esta afectando el patrimonio directamente ya que los datos no son elementos de los cuales se deriva simplemente una tenencia sino que a traves de los mismos se pueden llegar a conocer muchas circunstancias personales del agente cuya mala utilizacion afectan la intimidad

Por otra parte el contenido del articulo es confuso porque no solo establece como objeto material a las bases de datos sino que también señala que son objeto de este ilícito ademas los programas redes o sistemas informaticos por lo que se confunden los conceptos de delito cuyo fin lo es el mismo soporte informatico con lo que son los datos los cuales si bien se encuentran contenidos en medios tecnológicos pareciera que lo que la norma se dirige a proteger es al medio informatico y no a la informacion

Dispone como conductas típicas el alterar modificar o manipular conductas que a nuestro criterio afectan la informacion intima que se encuentra en las bases de datos ya que como lo indicamos al realizar ciertas consideraciones en torno a la intimidad informatica la misma se le vulnera a partir de actos tales como el apoderamiento la utilizacion modificacion el acceso indebido alteracion utilizacion revelacion o cesion de datos por lo tanto concluimos que no se debio excluir este tipo de conductas de los delitos que lesionan el derecho a la intimidad y por ende los otros supuestos debieron haberse normado dentro de delitos que tengan como fin a los soportes informaticos Ademas el delito de

estafa o fraude implica como circunstancia subjetiva del delito un engaño, elemento que no vemos claramente establecido en el texto bajo análisis.

Contiene una penalidad cónsona con el daño que se produce y una agravación de cinco años a ocho años de prisión, cuando el sujeto activo sea el responsable del sistema informático, bases de datos o de las redes o sea ejecutada por la persona autorizada a acceder a los mismos o cuando el hecho se cometa valiéndose la persona de información privilegiada, expresión que es algo confusa, ya que pareciera referirse a que se agrava la pena cuando la información sea privilegiada, entendemos que será cuando esta sea de alta sensibilidad.

También dentro de este cuerpo legal, existe normativa sobre las bases de datos dentro del Título VIII denominado "Delitos contra la Seguridad Jurídica de los Medios Electrónicos", dentro del Capítulo I que desarrolla los "Delitos contra la Seguridad Informática".

Por la denominación que se le ha dado a este capítulo pudiéramos concluir que dentro de este se van a incluir solo aquellos delitos en el que la finalidad sea la destrucción o vulneración de los medios electrónicos, o bien la inadecuada utilización de los mismos, ya que el bien jurídico protegido lo es la seguridad jurídica de estos medios, sin embargo, al revisar el contenido de este capítulo nos encontramos con una realidad distinta.

El artículo 285 establece como delito el ingreso o utilización indebida de una base de datos, red o sistema informático, este es del texto siguiente:

Artículo 285: Quien indebidamente ingrese o utilice una base de datos, red o sistema informático será sancionado con dos a cuatro años de prisión.

Al igual que lo sostuvimos al analizar el artículo 222 de este ordenamiento penal, existe una inadecuada utilización de los conceptos de redes, sistemas informáticos y bases de datos, por lo que el acceso ilegal o uso inadecuado de una base de datos debió contemplarse como un delito contra la intimidad por las razones expuestas, ya que el sistema o redes pudieran concebirse como el medio informático, el cual es objeto de tutela dentro de esta normativa, en la cual la informática es el fin del delito.

El artículo 286 expresamente se refiere a la utilización indebida de datos y es así que señala:

Artículo 286: Quien indebidamente se apodere, copie, utilice o modifique los datos en tránsito o contenidos en una base de datos o sistema informático, o interfiera, intercepte, obstaculice o impida su transmisión será sancionado con dos a cuatro años de prisión.

Este tipo penal se refiere de manera precisa a los datos, conteniendo como conductas típicas el apoderamiento, la copia, utilización, modificación, interceptación u obstaculización de datos en tránsito o los que ya se encuentren insertos en una base de datos o sistema informático, siendo estos últimos el

objeto material del tipo objetivo igualmente se sanciona el impedir su transmisión lo que consideramos ya se encuentra contenido en la conducta de obstaculizar por lo que pareciera repetitiva dicha expresión

Los artículos 287 y 288 contemplan agravantes y son del texto siguiente

Artículo 287 Las conductas descritas en los artículos 285 y 286 se agravarán de un tercio a una sexta parte de la pena si se cometen contra datos contenidos en bases de datos o sistema informático de

- 1 Oficinas públicas o bajo su tutela
- 2 Instituciones públicas privadas o mixtas que prestan un servicio público
- 3 Bancos aseguradoras y demás instituciones financieras y bursátiles

También se agravará la pena en la forma prevista en este artículo cuando los hechos sean cometidos con fines lucrativos

Estas sanciones se aplicarán sin perjuicio de las sanciones aplicables si los datos de que trata el presente Capítulo consisten en información confidencial de acceso restringido referente a la seguridad del Estado según lo dispuesto en el Capítulo I Título XIV del Libro Segundo de este Código

Artículo 288 Si las conductas descritas en el presente Capítulo las comete la persona encargada o responsable de la base o del sistema informático o la persona autorizada para acceder a este o las comete utilizando información privilegiada la sanción se agravará entre una sexta y una tercera parte

Las sanciones dispuestas en los artículos 285 y 286 se aumentan si los delitos son cometidos en contra de bases de datos o sistemas informáticos de oficinas públicas instituciones públicas privadas o mixtas que prestan servicios públicos bancos o aseguradoras y demás empresas financieras o bursátiles

ello debido a la informacion sensible que las mismas manejan. Del mismo modo dispone el articulo que se agrava cuando se ejecuten las conductas con fines economicos y sin perjuicio de que se trate de informaciones de tipo confidencial referente a la seguridad del Estado con lo cual se propone en consecuencia un concurso material de delitos.

El articulo 288 aumenta la pena por la calidad del sujeto activo entre una sexta y una tercera parte cuando quien la cometa sea el responsable de la base o sistema informatico o la persona autorizada para acceder a la misma o las comete utilizando informacion privilegiada lo cual como expusieramos anteriormente es un concepto algo confuso ya que no señala claramente a que se refiere con la denominacion de informacion privilegiada.

Una vez hemos finalizado el presente analisis debemos concluir que la iniciativa de incluir delitos relativos a las bases de datos es conveniente toda vez que en elCodigo Penal de 1982 nada se legislo al respecto pero se ha dejado de lado que los mismos son elementos de la llamada intimidad informatica por lo que su ubicaci3n bajo bienes juridicos diferentes no es adecuado y riñe con las concepciones doctrinales que se han desarrollado al respecto. Por tal motivo proponemos que se incluyan dentro de los delitos relativos a la vulneracion de la intimidad y se precise que constituye el objeto material del tipo objetivo los datos o las bases de datos.

Así también, consideramos viable, que se utilice una técnica más sencilla en lo que respecta a los delitos contra la intimidad documental específicamente el de unificar las conductas de violación y supresión de correspondencia, a fin de que su aplicación práctica sea más sencilla, y no esté abierta a la posibilidad de muchas interpretaciones jurídicas, manteniendo en un tipo aparte el delito de publicidad indebida.

También sugerimos que se incluya nuevamente como delito la violación al secreto profesional, por lo sensible de la información que se puede conocer producto de una relación de esta naturaleza, tomando en consideración que no existe en todas las profesiones u oficios una reglamentación que pueda dar respuesta a una infidencia que cause perjuicios al titular de esa información, lo cual a la luz de esta nueva reglamentación penal quedaría impune.

IV. Consideraciones finales

Luego de culminada nuestra investigación, podemos señalar que el derecho a la intimidad es aún objeto de un profundo estudio, puesto que los desarrollos tecnológicos que se dan en nuestra época así lo exigen, dado a que la llamada revolución informática hace que sea más difícil su protección legal.

Hemos podido constatar en la realización del presente trabajo, que la intimidad tiene sus orígenes en épocas muy antiguas, desde las cuales ya el hombre se preocupaba por salvaguardar el derecho a la intimidad, siendo entonces la famosa frase emitida por el Juez estadounidense COOLEY quien

definió a la intimidad como “el derecho a ser dejado en paz”, con la que se da inicio a toda una elaboración doctrinal sobre lo que es intimidad.

Inicialmente, se vinculó su concepto a la idea patrimonial o de pertenencia, ya que se consideraba que la vida privada era un bien más del cual se podía disponer, y se percibía que solo a través de intromisiones físicas podía vulnerarse la intimidad. Luego, se supera este criterio y se reconoce que este es un derecho relacionado con la personalidad del sujeto, inherente a la propia condición humana de verse libres de cualquier tipo de injerencia en su vida privada.

El concepto de intimidad se encuentra aún en elaboración, dado que este es un derecho, que por las razones antes expuestas, se encuentra en constante evolución, sin embargo, realizando una aproximación a lo que se entiende por intimidad la definimos como aquel reducto privado en el que encontramos desde creencias hasta las relaciones personales de los sujetos, desarrollada en distintas manifestaciones, y que se compone por un derecho de exclusión y un derecho de control de la información frente a terceros.

A raíz de todo lo anterior, a la intimidad en la actualidad se le ubica como un derecho fundamental. Es así que pudimos constatar que en la mayoría de los textos constitucionales tanto de países americanos como europeos, se hace una mención expresa de la intimidad como derecho de todos los ciudadanos.

En este mismo orden de ideas, en los instrumentos internacionales sobre derechos humanos, igualmente pudimos apreciar que la intimidad además se reconoce como un derecho humano fundamentado en la dignidad de las personas.

En nuestro país, nuestra Carta Fundamental no contiene la intimidad expresamente como derecho fundamental. sin embargo, las manifestaciones tradicionales de la misma sí están establecidas como tal, encontrando que se protege el derecho a la inviolabilidad del domicilio, de la correspondencia, de los documentos y de las comunicaciones.

Si bien, en las últimas modificaciones de la Constitución Nacional se introduce al Habeas Data como garantía constitucional, lo cual de manera indirecta y tácita reconoce la existencia del derecho a la intimidad, consideramos importante tomar en cuenta para futuras reformas incluirla expresamente como parte de los derechos fundamentales que garantiza el Estado panameño.

Como consecuencia de lo anterior, las legislaciones penales modernas han establecido al derecho a la intimidad como un bien jurídico protegido. Anteriormente, su protección penal había sido limitada a incluirla dentro del bien jurídico de la libertad, restringiendo su marco de protección a la inviolabilidad del domicilio, de la correspondencia y de las comunicaciones. La tendencia moderna está orientada a establecer a la intimidad como un bien jurídico autónomo con protección propia, independiente al bien jurídico de la libertad, como producto de la desvinculación del concepto de libertad personal al de

derecho de la propiedad, ya que se supera la idea de que los atentados contra este derecho solo pueden darse mediante la limitación de la libertad física, y se concluye que el desarrollo informático permite que se den todo tipo de violaciones a la intimidad de manera imperceptible.

Es por tanto, que las legislaciones penales se han visto en la necesidad de elevar a la categoría de delito todas aquellas conductas que limiten y afecten el ejercicio de este derecho, respetando el principio de intervención mínima que promulga por que solo se constituyan en delito conductas que afecten de manera importante los bienes jurídicos protegidos.

En Panamá, hemos podido comprobar que la legislación penal frente a la problemática de la intimidad es insuficiente, ya que contamos con tipos penales obsoletos, cuyas penalidades no son cónsonas ni proporcionales con la conducta delictiva que se comete ni con el daño que las mismas ocasionan.

Encontramos que el Código Penal de 1982, contiene solamente tipos penales tradicionales ignorando la vulneración a la intimidad informática. Si bien, entró en vigencia una nueva legislación (Ley N° 14 del 18 de mayo de 2007), la misma mantiene prácticamente la misma redacción que el Código Penal anterior, lo que consideramos que no fue lo más acertado, ya que se debió aprovechar la coyuntura con el fin de simplificar la redacción de las normas para que su aplicación fuera más adecuada, y no ser objeto de múltiples interpretaciones que a fin de cuentas muchas veces conllevan la impunidad.

Así también vale comentar que si bien se incluye a la intimidad como un bien jurídico protegido se mantiene su ubicación dentro de los delitos que afectan la libertad con lo que no se le da la importancia que este derecho tiene ni se reconoce la vulnerabilidad que posee frente a los avances informáticos que permiten que a esta se le afecte fácilmente lo que amerita que se le eleve a la categoría de bien jurídico protegido. También se mantiene al secreto como objeto a proteger en conjunto con la intimidad rechazando la concepción de que el secreto es uno de los elementos constitutivos de la intimidad y por ende no constituye el bien jurídico a proteger.

Son objeto de tutela de las normas penales de este nuevo Código Penal la intimidad documental (inviolabilidad de la correspondencia) intimidad de las telecomunicaciones e intimidad informática consideramos que a pesar que por ejemplo se amplió el objeto material en lo que se refiere a la intimidad documental ya que se incluye a los correos electrónicos como objeto de tutela nos mostramos disconformes con la tipificación de los delitos que vulneran la intimidad informática.

Observamos que en la nueva legislación penal de nuestro país ninguna de las conductas que afectan este tipo de lesión está catalogada como delitos contra la intimidad. Así encontramos que dentro de los delitos contra el patrimonio específicamente en los de estafa y otros fraudes se tipifican los delitos contra las bases de datos por lo que concluimos que se le considera como un bien disponible más no una información relativa a la persona cuyo

conocimiento por terceros puede afectar la intimidad. Además de lo anterior, podemos indicar que existe una confusión en la nueva normativa entre lo que es una base de datos y lo que es el soporte o medio informático que contiene dichos datos, que hace confuso la finalidad con la cual se crearon ciertos tipos penales.

Igualmente se ideó un título denominado de "los delitos contra la seguridad jurídica de los medios electrónicos", creando los delitos contra la seguridad informática, dentro del cual de manera confusa se incluyen conductas típicas cuyo objeto material lo son las bases de datos.

En el derecho comparado, pudimos apreciar que en los Códigos Penales analizados, en la mayoría se define de manera precisa a la intimidad como bien jurídico protegido, y encontramos dentro de un mismo título la protección a la intimidad en sus diferentes manifestaciones. Vale resaltar que esto no solo se desarrolla a nivel de la legislación penal, sino también a nivel constitucional, ya que muchas constituciones señalan de manera directa la limitación del uso de la informática a fin de garantizar la intimidad de los asociados.

Ahora bien, no podemos negar que la nueva normativa es buena, ya que en Código Penal de 1982 nada se legisló con relación a los delitos contra la intimidad informática, sin embargo, debe reconsiderarse además de lo ya señalado, ubicar todas las conductas relacionadas con las bases de datos como tipos penales que afectan la intimidad.

También, debemos reconocer que hemos avanzado en lo que respecta a los delitos contra la intimidad de las comunicaciones, toda vez que no solo se adecuó la redacción del tipo a los tiempos modernos sino que también se elevó la pena, la cual como planteamos al analizar estos delitos en la legislación vigente, la señalada por el Código Penal de 1982 no era proporcional con el daño que se causa con su ejecución.

Por último, no encontramos en la nueva legislación ningún artículo que regule el secreto profesional, lo cual a nuestro juicio no es correcto, ya que muchas profesiones u oficios en nuestro país no se encuentran reglamentadas, por tanto, somos de la opinión que se debió mantener su violación como delito, dada la importancia que tiene el que un profesional que por razón de sus funciones conozca información sensible, se vea en la obligación legal de mantener la reserva debida.

CAPITULO III: MARCO METODOLÓGO

CAPÍTULO III: MARCO METODOLÓGICO

Este capítulo tiene por objeto señalar el marco metodológico utilizado en la presente investigación. Al respecto debemos puntualizar, que el objeto del trabajo lo ha sido el análisis del derecho a la intimidad, tanto en la doctrina como en las diferentes legislaciones, concentrándonos para el presente estudio en nuestro ordenamiento jurídico tanto el vigente como el aprobado frente a la tutela penal de la intimidad documental, informática y de las telecomunicaciones.

I. Tipo de Investigación

La investigación realizada ha sido de tipo documental, puesto que nos valimos de diversos libros, artículos jurídicos, leyes y jurisprudencia, a fin de conocer lo que se ha planteado en la doctrina con referencia al tema de estudio objeto de la presente investigación. A su vez, realizaremos un estudio socio-jurídico, para complementar nuestro trabajo, toda vez que utilizaremos datos reales que se obtendrán del ámbito de los juristas tales como funcionarios judiciales y abogados litigantes, lo que haremos por medio de una investigación de campo, dirigida a satisfacer las necesidades prácticas, en torno al problema planteado.

Para ello, utilizaremos el método comparativo y de análisis, ya que los resultados serán sometidos a una evaluación matemática, haciendo un cotejo entre unos y otros, para exponer los resultados del estudio. También consideramos que nuestra investigación jurídica es descriptiva, la cual está

dirigida a comprobar si en efecto las normas referentes a la tutela penal de la intimidad y sus diferentes manifestaciones son adecuadas y cónsonas con el desarrollo continuo de la tecnología. .

II. Fuentes y Sujetos de Información

Fueron varias las fuentes de información consultadas para la elaboración de este trabajo, entre las que cabe mencionar:

- **Fuentes Jurídicas:** Constitución de la República de Panamá, Código Penal de 1982, Código Penal aprobado de 2007. Legislación extranjera concerniente al tema.
- **Fuente Documentales:** Libros de Texto relacionados con el estudio, artículos de Internet.

Pretendemos elaborar en nuestro trabajo una investigación de campo, para lo cual utilizaremos las encuestas como instrumento de trabajo dirigida a jueces, fiscales, defensores y otros operadores de justicia, a fin de conocer en primer lugar si se tiene noción de lo que es el derecho a la intimidad. Luego cuestionaremos sobre la efectividad o no de las normas que regulan estas conductas ilícitas, y si se considera que las mismas responden a las necesidades que surgen de la mano con el progreso informático.

De la misma forma, indagaremos si los distintos profesionales del derecho consideran viable que se le reconozca como derecho fundamental, como bien

jurídico independiente del concepto de libertad, y si considera que se debe introducir reformas legislativas al respecto.

A. Variables

- 1. Definición Conceptual:** GONZALEZ MONTENEGRO define la intimidad como “aquella esfera o ámbito estrictamente personal de la persona humana, el cual debe estar excluido del conocimiento de terceras personas, a fin de evitar o impedir intervenciones innecesarias o en todo caso arbitrarias en dicha esfera de privacidad, con miras a preservar su dignidad como individuo”. (GONZÁLEZ MONTENEGRO, 2000, p. 5)
- 2. Definición Operacional:** El fenómeno a analizar es el derecho a la intimidad en sus diferentes manifestaciones, es decir, en los documentos, en las telecomunicaciones y en la informática en la legislación vigente y en la legislación aprobada. Queremos conocer cuál es la opinión de diferentes profesionales del derecho sobre la intimidad y si consideran que la tutela de la misma es adecuada o no dentro de nuestras normas, por ende, cuestionaremos si consideran necesario o no que las mismas sean modificadas.
- 3. Definición Instrumental:** Como ya lo hemos indicado, realizaremos encuestas a Jueces, Fiscales, Defensores y Abogados Litigantes, a fin de conocer su opinión frente a este derecho fundamental, si

consideran que debe ser reconocido a nivel constitucional, si consideran que las normas penales que tutelan sus diferentes manifestaciones son adecuadas y responden a la necesidad de garantizar el ejercicio de este derecho.

III. Descripción de los Instrumentos.

**Universidad de Panamá
Facultad de Derecho y Ciencias Penales
Maestría en Ciencias Penales**

“La Tutela Penal de la Intimidad Documental, Informática y de las Telecomunicaciones”

La presente encuesta tiene por objeto conocer su opinión sobre la tutela del derecho a la intimidad en nuestra legislación tanto a nivel de nuestras normas constitucionales como de nuestras normas penales, a fin de determinar si es necesaria una modificación a la Ley en este aspecto.

1. Indique la posición que ejerce actualmente.

- a. Juez de Circuito b. Fiscal de Circuito
c. Defensor de Oficio d. Abogado Litigante

2. ¿Considera Usted que el Derecho a la Intimidad es un derecho fundamental debidamente reconocido por nuestra Constitución Nacional?

Sí _____ No _____

¿Porqué? _____

3. La tutela penal del derecho a la intimidad que presenta nuestras normas penales. Considera Usted que son:

Suficientes_____ Insuficientes_____

Porqué_____

4. Frente al desarrollo de la informática, considera que nuestro ordenamiento penal tanto el vigente como el aprobado responden al fin de penalizar las conductas relevantes que pudieran violentar el ejercicio de este derecho?

Sí_____ No_____

Explique_____

5. ¿Considera que Usted que el derecho a la intimidad debe ser elevado a la categoría de bien jurídico autónomo independiente del bien jurídico de la libertad?

Sí_____ No_____

¿Porqué?_____

5. ¿Estima que la regulación que presenta la Ley N° 14 del 18 de mayo de 2007 frente a este derecho es adecuada, o sugiere sea modificada?

Es adecuada _____ Debe ser Modificada _____

6. ¿En qué aspectos sugiere que la misma sea modificada?

IV. Tratamiento de la Información

Los datos obtenidos en las encuestas realizadas, los representaremos a través de gráficas, para lo cual utilizaremos el programa Excel, y con este procesaremos la información obtenida y plasmar de este modo los diferentes puntos de vista que existen al respecto.

CAPÍTULO IV: ANÁLISIS E INTERPRETACIÓN DE LOS DATOS

CAPITULO IV: ANÁLISIS E INTERPRETACIÓN DE LOS DATOS

A. Análisis de los Datos Obtenidos

A continuación, analizaremos los datos e información recopilada en las encuestas de opinión realizadas, la cual posteriormente representaremos a través de gráficas, unas indicando la opinión según el grupo de funcionarios que se trate y otras indicarán el valor porcentual de la totalidad de los encuestados en una u otras respuestas, las cuales igualmente serán ilustradas mediante gráficas.

El instrumento utilizado, fue una encuesta de opinión, la que se refería a los aspectos que consideramos relevante conocer con relación a la legislación penal que estaba vigente (Código Penal de 1982) como la que acaba de comenzar a regir, es decir, la Ley N° 14 de 2007. Este instrumento estaba dirigido a conocer si el medio forense considera que la legislación es suficiente o no para tutelar de manera adecuada el derecho a la intimidad incluyendo la Constitución Nacional.

Encuestamos a 60 abogados quienes ejercen diversas funciones en lo que se refiere a la justicia penal. Entre ellos, 20 Jueces de Circuito, 20 Fiscales de Circuito y 20 Defensores de Oficio, todos funcionarios judiciales de la jurisdicción penal.

La primera interrogante, se relaciona con una de las hipótesis que establecimos dentro de la presente investigación, y era con relación a si se considera que el derecho a la intimidad es un derecho fundamental debidamente reconocido en nuestra Constitución Nacional. a esta pregunta el 55% respondió que sí es un derecho fundamental debidamente reconocido por nuestra Constitución, básicamente por el hecho de que se encuentra resguardado por el derecho a la inviolabilidad de la correspondencia, del domicilio y de las comunicaciones. Quienes contestaron que no indicaron que no se encuentra dentro del texto constitucional de manera expresa sumado a que si bien la Constitución garantiza el derecho a la inviolabilidad de la correspondencia, comunicaciones y el domicilio, el derecho a la intimidad abarca otros aspectos que no están expresamente regulados en la misma.

De la misma forma, cuestionamos sobre la suficiencia o no de la tutela penal de la intimidad documental y de las telecomunicaciones que presenta el Código Penal de 1982, a lo cual el 68% respondió que la tutela penal que brindaban la legislación penal era insuficiente y el 32% respondió que las mismas son suficientes.

En tanto, frente a la pregunta sobre si ante el desarrollo de la informática, tanto la legislación penal del Código de 1982 como la de la Ley N° 14 de 2007 responden al fin de penalizar las conductas que pudieran violentar el ejercicio de este derecho el 77% respondió que no y el 23% respondió que sí. Mayormente

quienes consideraron que no fundamentan su respuesta básicamente al hecho de que la nueva normativa deja por fuera algunas conductas que debieron ser contempladas como nuevos tipos penales, por su parte, quienes respondieron afirmativamente indican que a diferencia del Código de 1982, la nueva legislación contiene tipos penales específicos que tratan sobre conductas que se pueden cometer mediante el uso de la informática.

También quisimos conocer la opinión de los encuestados sobre si el derecho a la intimidad debe ser elevado a la categoría de bien jurídico protegido autónomo e independiente de la libertad, dado a que en ambas legislaciones se le mantiene a éste último como un elemento de la libertad. En esta pregunta, el 68% respondió que sí y el 32% respondió que no. La mayoría señala que dada la importancia de la intimidad como derecho de los asociados y con fundamento en el desarrollo de la informática, consideran que es imperante que su protección deba ser más amplia y específica en la legislación penal. Para quienes opinaron que no debe ser elevado a la categoría de bien jurídico protegido consideran que es suficiente que el Código Penal la mencione aún bajo el bien jurídico de la libertad.

Por último, se cuestionó acerca de si se estima que la regulación que presenta la Ley N° 14 del 18 de mayo de 2007 es adecuada o necesita alguna modificación, el 62% respondió que debe ser modificada a fin de ser la legislación más específica y más precisa en tipificar los delitos que lesionan la

esfera personalísima de la intimidad, por su parte el 38% opinó que la misma es adecuada ya que contiene los tipos necesarios suficientes para proteger a la intimidad de cualquier tipo de injerencia lo que no ocurría en la normativa del Código penal de 1982.

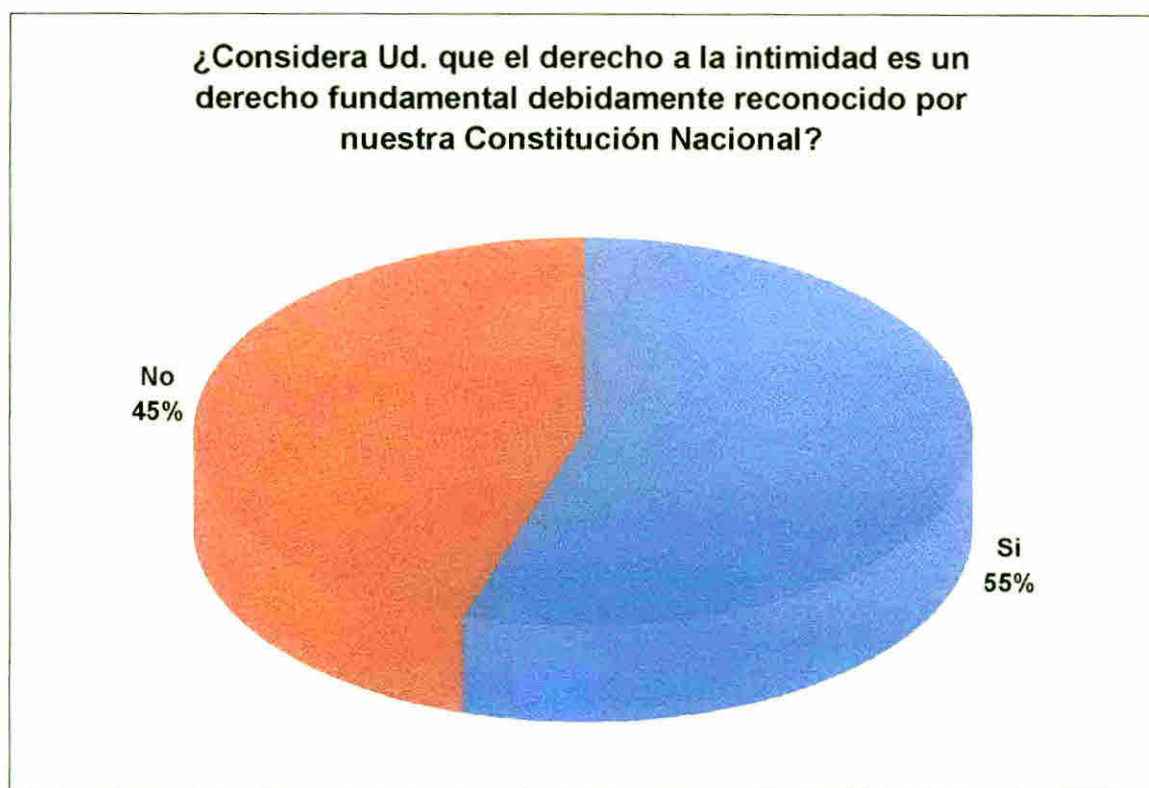
A continuación, presentamos estos mismos resultados a través de la estadística descriptiva, utilizando para su representación una serie de gráficas ilustrativas.

B. Gráficas**- Gráfica N° 1****1. Sujetos encuestados y posición actual de los mismos.**

- Gráfica N° 2

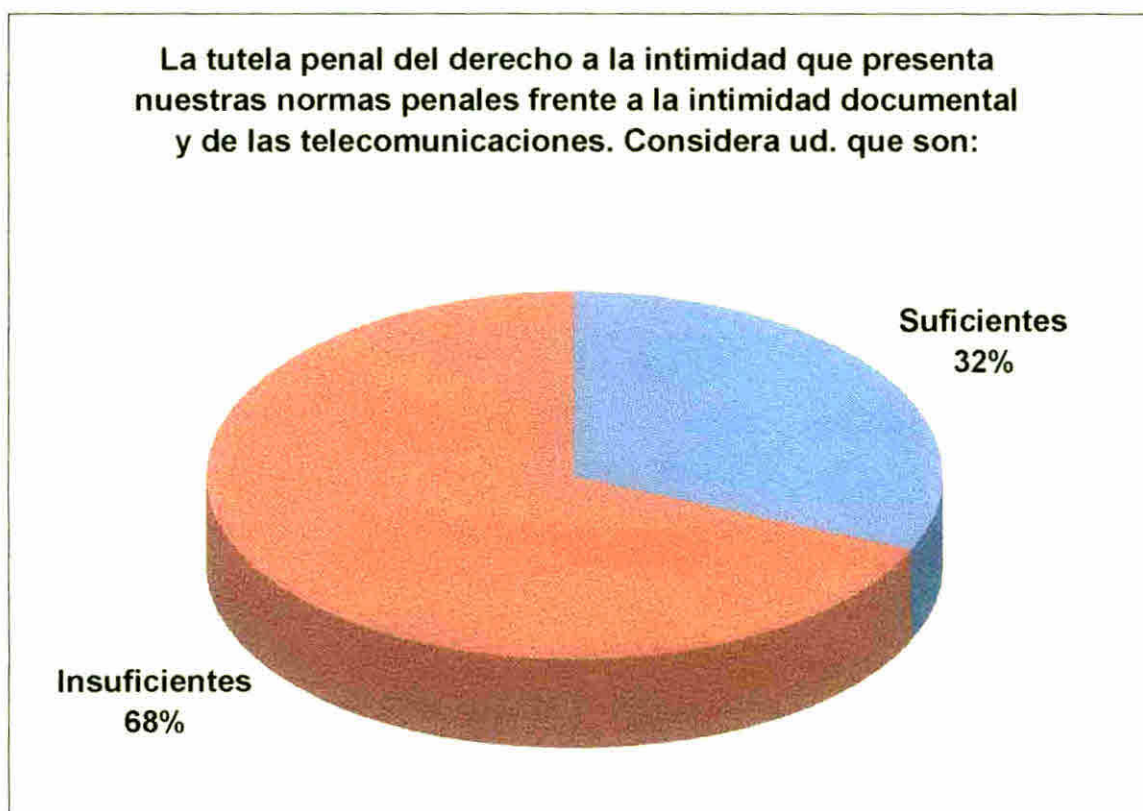
Primera pregunta:

¿Considera usted que el derecho a la intimidad es un derecho fundamental debidamente reconocido por nuestra Constitución Nacional?



- Gráfica N° 3

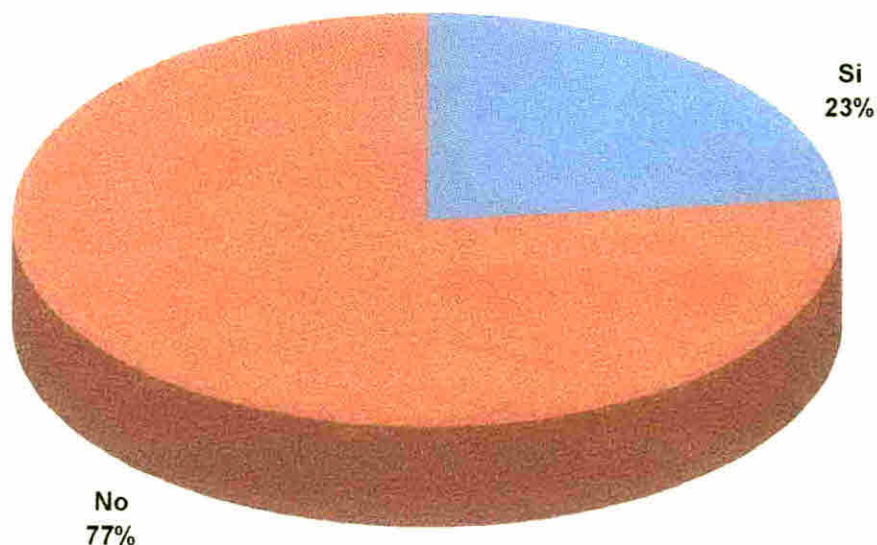
Segunda Pregunta: La tutela penal de la intimidad que presentan nuestras normas penales frente a la intimidad documental y de las telecomunicaciones. Considera Ud. que son:



- Gráfica N° 4:

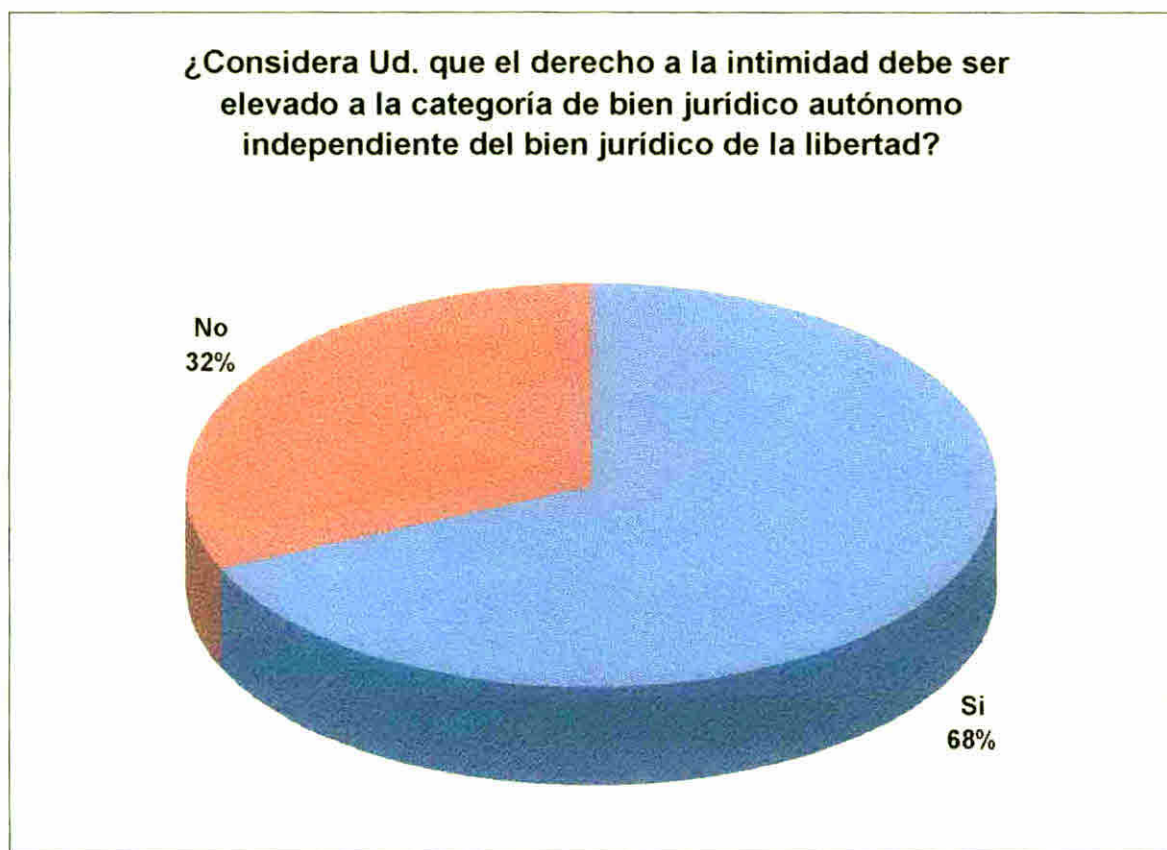
Tercera Pregunta: ¿Frente al desarrollo de la informática, considera que nuestro ordenamiento penal tanto el vigente como el aprobado responden al fin de penalizar las conductas que pudieran violentar el ejercicio de este derecho?

¿ Frente al desarrollo de la informática, considera que nuestro ordenamiento penal tanto el vigente como el aprobado responden al fin de penalizar las conductas que pudieran violentar el ejercicio de este derecho?



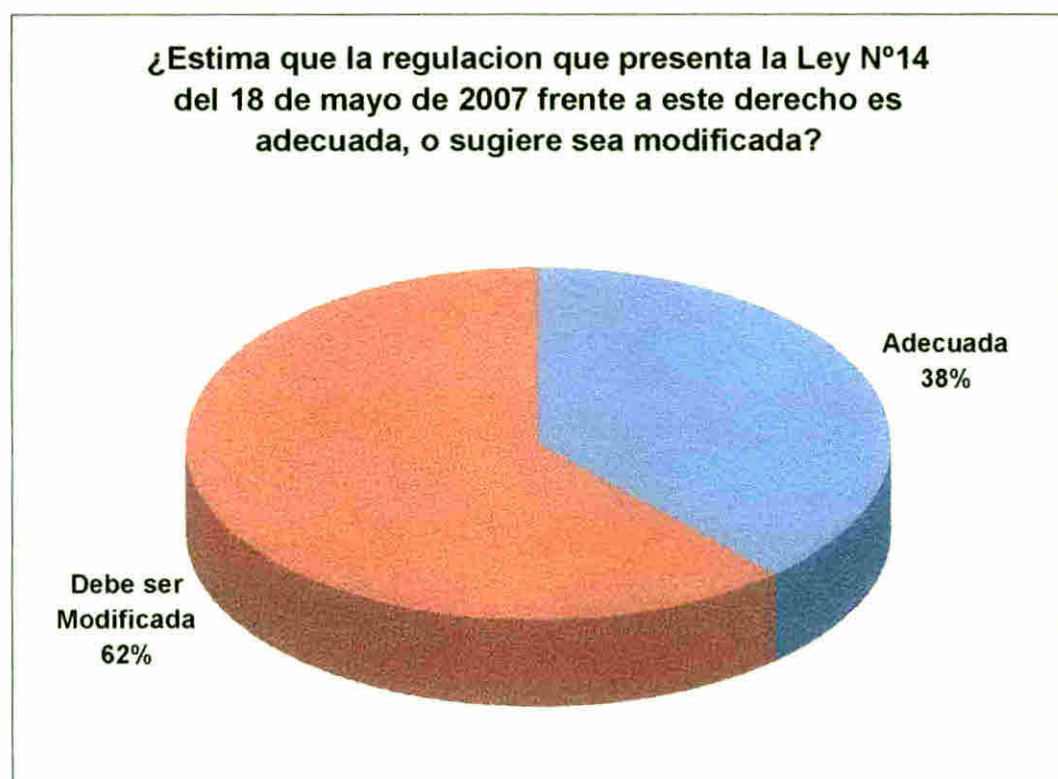
- Gráfica N° 5

Cuarta Pregunta: ¿Considera Ud. que el derecho a la intimidad debe ser elevado a la categoría de bien jurídico autónomo independiente del bien jurídico de la libertad?



- Gráfica N° 6

Cuarta Pregunta: ¿Estima que la regulación que presenta la Ley N° 14 del 18 de mayo de 2007 frente a este derecho es adecuada o sugiere sea modificada?



CAPITULO V: PROPUESTA

CAPITULO V: PROPUESTA

I. Introducción

Luego de realizada la investigación sobre el derecho a la intimidad y de sus diferentes manifestaciones, tanto en la doctrina como el derecho comparado, y una vez analizados los datos obtenidos a través de las encuestas practicadas, en donde la mayoría de los encuestados sugieren que las normas al respecto deben ser modificadas, proponemos el siguiente proyecto de ley, que pretende por una parte simplificar los tipos penales relativos a la intimidad documental y estructurar de manera adecuada los delitos relativos a la intimidad informática.

II. Algunas Consideraciones de Lege Ferenda

La presente propuesta legislativa, se motiva esencialmente en el hecho de que luego de revisar tanto la doctrina como nuestra legislación, hemos comprobado que el derecho a la intimidad no tiene en nuestro ordenamiento jurídico una regulación adecuada y cónsona con el peligro que representa para la misma la llamada revolución informática, la cual ha producido que este derecho fundamental, pueda ser lesionado con mucha más facilidad, ya que la delincuencia a pesar de que se crean sistemas de seguridad para prevenir este tipo de ataques, evoluciona de manera constante a fin de lograr vulnerar estas medidas.

Como lo precisamos en nuestro derecho nacional se han tutelado las formas tradicionales en que se desarrolla la intimidad tanto a nivel constitucional como legal. Es así que nuestra normativa garantiza la inviolabilidad de la correspondencia del domicilio y de las telecomunicaciones.

Sin embargo, nuestro país no cuenta con una adecuada política criminal frente al desarrollo de esta actividad delictiva, e inclusive sin temor a equivocarnos, no se le ha dado la importancia debida de lo que implica el derecho a la intimidad y por ende, no existe un interés real de garantizar el goce y disfrute del mismo a todos los asociados.

En la actualidad, la legislación vigente a pesar de haber sido modificada en infinidad de ocasiones, a fin de dar respuesta al clamor de la sociedad ante la inseguridad persistente que vive nuestro país, nada se reglamentó sobre los delitos que lesionan la intimidad. Como vimos, la nueva legislación que entra a regir el próximo año, se incluyó a la intimidad como un aspecto a tutelar dentro del bien jurídico de la libertad, posición que, de acuerdo a las concepciones modernas, no es correcta, por lo que no se le ha dado el nivel que la misma requiere, ya que somos del criterio que debe constituir además de un derecho fundamental expresado de manera directa dentro de la Constitución Nacional, un bien jurídico con autonomía propia independiente de la libertad.

Si bien en el Código Penal aprobado de 2007 constituye un esfuerzo por actualizar nuestra legislación frente a estas infracciones consideramos que los conceptos sobre todo en lo que se refiere a la intimidad informática no son correctos ya que las normas al respecto se encuentran dispersas y amparadas bajo otros bienes jurídicos apartándose su texto de las doctrinas existentes sobre el tema y no reconociendo que con la intimidad se lesiona al ser humano en sí en su dignidad y autorrealización personal

A CONSULTAS

Para la elaboración del presente documento efectuamos encuestas para conocer las opiniones de los juristas en torno a este derecho quienes nos soslayaron cuales son las fallas más importantes en la normativa vigente que recoge lo concerniente a la protección penal de la intimidad

También la presente propuesta se nutrió de las legislaciones penales de otros países quienes en la actualidad tienen una legislación más completa sobre el tema estos países son Alemania España Francia Colombia Costa Rica Paraguay por mencionar sólo algunos

B Las Modificaciones

A nivel constitucional proponemos que dentro del Título III sobre los Derechos y Deberes Individuales y Sociales se incluya ya sea en un artículo

nuevo o bien dentro del artículo 17 al derecho a la intimidad como un derecho fundamental ya que a la fecha esta norma constitucional señala que el Estado debe garantizar entre otros derechos la honra de los ciudadanos expresando además que estos son mínimos y no excluyentes de otros que incidan sobre los derechos fundamentales y la dignidad de la persona siendo esta última el fundamento de la protección constitucional de la intimidad

Frente al ordenamiento penal una de las primeras sugerencias que hacemos en cuanto a la regulación que va a entrar a regir es que se cree un Título relativo a los delitos que vulneran a la intimidad como consecuencia de su reconocimiento expreso como derecho fundamental

Así también proponemos que se simplifique la redacción de los delitos contra la intimidad documental reduciendo el número de conductas típicas que conforman el tipo penal con la finalidad que no sea objeto de demasiadas interpretaciones que puedan hacer difícil su aplicación al momento realizar la adecuación típica de la conducta ejecutada

Igualmente consideramos que es recomendable que se incluya como delito al secreto profesional ya que a nuestra consideración este tipo penal es importante precisamente por la naturaleza que encierra la propia conducta penal la cual se erige sobre una relación de confianza entre el profesional y el sujeto pasivo lo cual se fundamenta en el hecho de que no existe en todas las

profesiones una reglamentación que permita la sanción de quien viola el deber de sigilo. Lo anterior no riñe con el principio de intervención mínima, puesto que si bien el mismo dispone que el derecho penal debe ser la ultima ratio, también reconoce como postulado que se eleve a la categoría de delito solo aquellas conductas que constituyan una lesión importante a los derechos de los asociados, lo cual en este caso es una lesión importante ya que mediante distintas profesiones se llegan a conocer informaciones sensibles de las personas.

Otra de las modificaciones que proponemos, giran en torno, a la intimidad informática específicamente sobre las bases de datos, lo cual no está correctamente reglamentado en el texto del Código Penal de 2007, en el cual se erró en la ubicación de estos delitos que como hemos podido apreciar, los diputados ubicaron unas conductas dentro de los delitos contra el patrimonio económico, clasificándolo como una estafa y otros bajo dentro de los “Delitos contra la Seguridad Jurídica de los Medios Electrónicos”, dentro del Capítulo I que desarrolla los “Delitos contra la Seguridad Informática”. y en resumen más que al soporte informático lo que se afecta es a la propia información en si, cuya mala utilización, modificación o cesión afecta primordialmente la intimidad del titular de la información.

III. Anteproyecto que se propone

PROYECTO DE LEY N°

Por medio del se modifica la Ley N° 14 del 18 de mayo de 2007, y se crea un nuevo Título, se modifican y derogan algunos artículos del Código Penal.

LA ASAMBLEA NACIONAL

DECRETA:

Artículo 1º: Se crea dentro del texto de la Ley N° 14 del 18 de mayo de 2007, un nuevo Título denominado “De los Delitos contra la Intimidad de las Personas” y se deroga el Capítulo III de los “Delitos contra la Inviolabilidad del Secreto y el Derecho a la Intimidad”, del Título II “Delitos contra la Libertad”, del Libro II del Código Penal.

Artículo 2º: Se derogan los artículos 162 y 163 del Código Penal y se introduce un nuevo artículo sobre la intimidad documental.

Artículo....: Quien se apodere, intercepte o se imponga del contenido de cualquier forma de una carta, mensaje de correo electrónico, pliego, despacho cablegráfico o de otra naturaleza que no se le haya dirigido, será sancionado con prisión de uno a tres años o su equivalente a días multa o arresto de fin de semana.

Igual sanción se impondrá a quien evite o impida por cualquier medio que la correspondencia a que se refiere el párrafo anterior llegue a su destino original.

Las sanciones previstas se aumentarán de dos a cuatro años si quien ejecuta la acción divulga la información obtenida o se trata de persona que ha obtenido la información como servidor público o empleado de alguna empresa de telecomunicación.

Artículo 3º: Se deroga el artículo 164 y se crea el artículo... sobre publicidad indebida de la correspondencia el cual es del siguiente texto:

Artículo...: Quien posea legítimamente una correspondencia, grabación o documentos privados y de carácter personal, no destinados a la publicidad, aunque le hubieren sido dirigidos, y los haga públicos sin la debida autorización será sancionado con doscientos a quinientos días multa o arresto de fines de semana.

No se considerará delito la divulgación de documentos indispensables para la comprensión de la historia, las ciencias y las artes.

Si media el perdón de la víctima se ordenará el archivo de la causa.

Artículo 4º: Se deroga el artículo 165 del Código Penal y se crea el artículo... sobre la intimidad de las telecomunicaciones que indica:

Artículo...: Quien, sin contar con la autorización judicial, intercepte telecomunicaciones o utilice artificios de escucha, transmisión, grabación o reproducción de conversaciones privadas no dirigidas al público será sancionado con pena de dos a cuatro años de prisión.

La sanción será de tres a seis años de prisión si quien comete el hecho es funcionario público.

Artículo 5º: Se deroga el artículo 166 y se crea el artículo... sobre vigilancia indebida que señala:

Artículo...: Quien sin contar con la autorización correspondiente, practique seguimiento, persecución o vigilancia contra una persona, con fines ilícitos, será sancionado con dos a cuatro años de prisión. Igual sanción se impondrá a quien patrocine o promueva estos hechos.

Artículo 6º: Se introduce el art... al Código Penal y se crean normas relativas a la intimidad informática:

Artículo...: Quien para vulnerar la intimidad de otro se apodere, accese, modifique, intercepte o utilice datos de carácter personal o familiar que se encuentren en tránsito o registrados en una base de datos o dentro de cualquier tipo de soporte informático, electrónico o telemático o en cualquier otro tipo de archivo será sancionado con prisión de dos a cuatro años de prisión.

Se impondrá la pena de prisión de dos a cinco años si se difunden, revelan o ceden a terceros los datos o hechos descubiertos a que se refiere el párrafo anterior.

Artículo 7º: Se disponen agravantes a las conductas relativas a la intimidad informática en los siguientes términos:

Artículo...: Las conductas descritas se agravarán de un tercio a una sexta parte de la pena se cometen en bases de datos, soportes informáticos, electrónicos o telemáticos de:

1. Oficinas públicos o bajo su tutela.
2. Instituciones públicas, privadas o mixtas que prestan un servicio público.
3. Bancos, aseguradoras y demás instituciones financieras y bursátiles
4. O se trate de datos de carácter personal que revelan la ideología, religión, creencias, salud, origen racial o vida sexual o la víctima fuere un menor de edad o incapaz.

También se agravará la pena en la forma prevista en este artículo cuando los hechos sean cometidos con fines lucrativos.

Igual agravante se aplicará si las conductas descritas en el presente Capítulo las comete la persona encargada o responsable de la base de datos o de los soportes informáticos, electrónicos o telemáticos o quien esté autorizado a acceder a ellas.

Artículo 8º: La presente Ley deroga los artículos 162, 163, 164, 165, 166, 222 285, 286, 287 y 288 de la Ley N° 14 del 18 de mayo de 2007.

CONCLUSIONES

Luego de culminada nuestra investigación sobre los aspectos más relevantes del derecho a la intimidad y realizado el análisis jurídico de los delitos relacionados con este derecho tanto en la legislación penal de nuestro país como en el derecho comparado, y cumplidos los objetivos que nos hemos propuesto en nuestra investigación concluimos lo siguiente:

1. El derecho a la intimidad, tiene sus antecedentes desde tiempos antiguos que fue cuando se elaboraron las primeras concepciones de lo que es intimidad.
2. El concepto de intimidad se desarrolló inicialmente partiendo de un criterio eminentemente patrimonial, para llegar a ser considerado hoy en día como un derecho fundamentado en la personalidad del sujeto, formulación creada en primera instancia por el derecho anglosajón.
3. Dado lo cambiante de este derecho, no existe aún un significado unívoco y preciso de lo que es intimidad, sin embargo, se le define mayormente como aquel reducto privado en las cuales se desarrollan las actividades más vinculadas a la naturaleza del ser humano, el cual está contenido por un derecho de exclusión y un derecho de control de la información.
4. Dado que es considerado un bien inmaterial, la delimitación del contenido y límites de la llamada esfera íntima son de difícil elaboración, sin embargo se concluye que su contenido está conformado por el derecho de exclusión y el derecho a la reserva.
4. El derecho a la intimidad no es un derecho absoluto por lo que se ve limitado por el derecho a la información en aquellos casos en que sea necesaria para formar la opinión pública en asuntos de carácter social, en asuntos de Estado, o por un interés público en general.

- 5 La intimidad es un derecho fundamental que se ha reconocido como tal partir del resguardo constitucional del derecho a la inviolabilidad de las comunicaciones la inviolabilidad del domicilio y de la correspondencia
- 6 El derecho a la intimidad es un derecho de la personalidad que se caracteriza por ser originario e innato subjetivo y privado oponible erga omnes extrapatrimonial intransmisible e indisponible irrenunciable e imprescriptible
- 7 La Constitución Nacional de la República de Panamá de 1972 no establece la intimidad como un derecho constitucional de manera expresa sin embargo vale destacar que a lo largo de nuestra vida republicana las diversas manifestaciones de la intimidad han sido reconocidas como derechos fundamentales como lo son la inviolabilidad del domicilio de la correspondencia y de las telecomunicaciones
- 8 El Habeas Data es una garantía constitucional que brinda protección al derecho a la intimidad de las personas y del cual se puede inferir el reconocimiento de este como derecho fundamental sin embargo se hace necesario su inclusión expresa dentro de nuestra Carta Magna
- 9 En el derecho comparado la intimidad está expresamente contenida en los diversos textos constitucionales tanto en los países europeos como en los de América Latina como derecho fundamental de los ciudadanos incluyendo en sus textos el deber del Estado de limitar el uso de la informática a fin de proteger esta
- 10 El derecho a la intimidad constituye un derecho humano basado en la dignidad de la persona y como tal se encuentra reconocido en los distintos tratados sobre derechos humanos suscritos por nuestro país
- 11 La intimidad tradicionalmente se encontraba resguardada bajo el amparo de la libertad como bien jurídico protegido lo cual en la actualidad se ha superado elevándose a la intimidad a la categoría de bien jurídico protegido autónomo e independiente del concepto de libertad
- 12 De manera errónea se ha establecido al secreto como bien jurídico protegido tanto en el derecho comparado como en nuestra legislación penal cuando realmente el mismo constituye uno de los elementos integrantes de este derecho

- 13 El Código Penal de 1982 siguiendo la postura tradicional mantiene la tutela de la intimidad bajo el bien jurídico protegido de la libertad dentro del cual se encontramos los delitos contra la inviolabilidad del secreto específicamente los delitos relativos a la intimidad documental y de las telecomunicaciones
- 14 Los delitos analizados en este trabajo de investigación son de tipo subjetivo doloso en su totalidad ya que nuestro ordenamiento no los prevé por comisión culposa
- 15 El análisis jurídico de la legislación penal contenida en el Código Penal de 1982 demuestra que las normas anteriores no respondían al interés que demanda una efectiva tutela penal de la intimidad en especial ante el desarrollo de la informática puesto que no encontramos dentro de su texto tipos penales específicos al respecto
- 16 En la legislación penal recién entrada en vigencia si bien se crean normas jurídicas específicas referentes a la tutela de la intimidad consideramos que la técnica legislativa utilizada no es adecuada ya que se mantiene las concepciones tradicionales sobre la idea de la intimidad como elemento de la libertad siendo este último el bien jurídico protegido
- 17 La tutela penal de la intimidad informática en la Ley N° 14 del 18 de mayo de 2007 se encuentra dispersa bajo el amparo de otros bienes jurídicos lo cual constituye un yerro al no considerarse a los datos como una manifestación de esta
- 19 Consideramos que a futuro debe modificarse el Código Penal de 2007 con la finalidad de subsanar los errores incurridos frente a la intimidad informática simplificar los tipos penales que contienen las figuras delictivas contra la intimidad documental y volver a crear el delito contra la revelación del secreto profesional

RECOMENDACIONES

El propósito de nuestro trabajo de acuerdo a las hipótesis planteadas, era el demostrar la importancia de este nuevo derecho y comprobar si frente al desarrollo de las nuevas tecnologías se hace necesario la modificación de nuestra legislación en materia penal, aspectos que hemos podido comprobar, luego de las revisiones doctrinales y legales que hemos realizado.

Los anteriores planteamientos nos permiten sugerir que:

1. Se incluya a la intimidad en la Constitución Nacional de nuestro país como derecho fundamental de manera expresa, para lo cual se debe modificar el contenido del artículo 17 o 42 de nuestra carta fundamental resaltando que el Estado garantiza el derecho a la intimidad de los asociados, limitando mediante la Ley el uso de la informática a fin de que no se afecte el honor y la intimidad de las personas.
2. De la misma forma, sugerimos con relación a nuestro Código Penal ahora vigente, se simplifique la redacción de los tipos penales, a fin de que al momento de ser aplicados la adecuación típica de la conducta no sea objeto de muchas interpretaciones que dificulten la aplicación de una sanción penal.
3. Se eleve a la categoría de bien jurídico tutelado a la Intimidad y se modifique la Ley N° 14 del 18 de mayo de 2007, en el sentido de que se cree un nuevo Título que contemple las violaciones a este importante derecho.
4. Se acoja el criterio de que las bases de datos constituyen manifestaciones de la intimidad, y por tanto, se ubique la vulneración de las mismas bajo la protección del bien jurídico de la intimidad.

5. Por último, que se penalice nuevamente la violación al secreto profesional como delito dentro del texto del nuevo Código Penal, por la importancia que tiene para los asociados y las consecuencias que trae la ejecución de este tipo de conductas que afectan sensiblemente a la intimidad por la naturaleza de estos actos.

BIBLIOGRAFÍA

A. Textos Jurídicos

1. ARANGO DURLING, Virginia. **Las Consecuencias Jurídicas del Delito**. Ediciones Panamá Viejo. Panamá. 2003.
2. ARANGO DURLING, Virginia. **Dignidad Humana y Derechos Humanos**. Ediciones Panamá Viejo. Panamá. 2002.
3. ARANGO DURLING, Virginia. **La Responsabilidad Penal por Actos Médicos**. Ediciones Panamá Viejo. Panamá. 2001.
4. ARANGO DURLING, Virginia. **Introducción a los Derechos Humanos**. Ediciones Publicaciones Jurídicas de Panamá. S. A. Panamá. 1999.
5. ARANGO DURLING, Virginia. **Las Causas de Inculpabilidad**. Ediciones Panamá Viejo. Panamá. 1998.
6. BLOSSIERS MAZZINI, Juan José y CALDERÓN GARCÍA, Sylvia. **Los Delitos Informáticos**. Editora RAO S.R.L. Lima. 2000.
7. BUOMPADRE, Jorge E. **Delitos Contra la Libertad**, Mario A. Viera Editor. Buenos Aires. 1999.
8. CABEZUELO ARENAS, Ana Laura. **Derecho a la Intimidad**. Tirant Lo Blanch. Valencia. 1998.
9. CORTÉS BECHIARELLI, Emilio. **El Secreto Profesional del Abogado y del Procurador y su Proyección Penal**. Marcial Pons. Ediciones Jurídicas y Sociales, S.A. Barcelona. 1998.
10. CREUS, Carlos. **Derecho Penal Parte Especial**. Tomo I. Editorial Astrea. Buenos Aires. 1991.
11. DAVARA RODRIGUEZ, Miguel Ángel. **Manual de Derecho Informático**. Editorial Aranzadi. Pamplona. 1997.
12. FARIÑAS MATONI, Luis María. **El Derecho a la Intimidad**. Editorial Trivium. Madrid. 1982.

13. FERNANDEZ E., Oswaldo M. **La Intervención Telefónica y las Pruebas Ilícitas.** Editorial Universitaria Carlos Manuel Gasteazoro. Panamá. 2006.
14. FERREIRA RUBIO, Delia Matilde. **El Derecho Intimidad.** Editorial Universidad. Buenos Aires. 1982.
15. GARCÍA VITORIA, Aurora. **El Derecho a la Intimidad en el Derecho Penal y en la Constitución de 1978.** Editorial Aranzadi. Pamplona. 1983.
16. GILL SUAZO, Hipólito. **Delitos Contra la Libertad.** Sin Editorial. Panamá. 2003.
17. GOMEZ LOPEZ, Orlando Jesús. **Culpabilidad e Inculpabilidad.** Librería Doctrina y Ley. Santa Fe de Bogotá. 1994.
18. GÓMEZ PAVÓN, Pilar. **La Intimidad como Objeto de Protección Penal.** Ediciones Akal, S.A. Madrid. 1989.
19. GONZÁLEZ GAITANO, Norberto. **El Deber de Respeto a la Intimidad.** Ediciones Universidad de Navarra. Pamplona. 1990.
20. GONZÁLEZ MONTENEGRO, Rigoberto. **La Intervención de las Comunicaciones Telefónicas.** Editorial Mizrachi & Pujol, S.A. Panamá. 2000.
21. GUERRA DE VILLALAZ, Aura E. "El Delito de Revelación de Secretos en el Nuevo Código Penal Español y en la Ley Penal Panameña"; **El Derecho Penal Español de Fin de Siglo y el Derecho Penal Latinoamericano.** Ediciones Jurídicas Gustavo Ibáñez. Santa Fe de Bogotá. 1999.
22. GUERRA DE VILLALAZ, Aura E. **Derecho Penal Parte Especial.** Editorial Mizrachi & Pujol, S.A. Panamá. 2002.
23. HERRERO-TEJEDOR, Fernando. **Honor, Intimidad y Propia Imagen.** Segunda Edición. Editorial Colex. Madrid. 1994.
24. JIJENA LEIVA, Renato Javier. **Chile, la Protección Penal de la Intimidad y el Delito Informático.** Editorial Jurídica de Chile. Santiago. 1992.

- 25 LANDECHO VELASCO Carlos Maria y Concepcion Molina Blazquez **Derecho Penal Español Parte Especial** Segunda Edicion Editorial Tecnos S A Madrid 1996
- 26 LARA ESPINOZA Saul **Las Garantias Constitucionales en Matena Penal** Editorial Porrúa Mexico 1998
- 27 MAGGIORE Giuseppe **Derecho Penal Parte Especial Volumen V** Editorial Temis Bogota 1989
- 28 MEJAN Luis Manuel **El Derecho a la Intimidad y la Informática** Editorial Porrúa México 1994
- 29 MOLINA ARRUBLA Carlos Mario **El Secreto en el Derecho Penal Colombiano** Leyer Bogota 1998
- 30 MORANT VIDAL Jesus **Protección Penal de la Intimidad Frente a las Nuevas Tecnologías** Editorial Practica de Derecho Valencia 2003
- 31 MORENO PRATS Fermin **La Tutela Penal de la Intimidad Privacy e Informática** Ediciones Destino Barcelona 1984
- 32 MORON LERMA Esther **Internet y Derecho Penal Hacking y otras Conductas Ilícitas en la Red** Editorial Aranzadi Pamplona 1999
- 33 MUÑOZ CONDE Francisco **Derecho Penal Parte Especial** 12º Edicion Tirant lo Blanch Valencia 1999
- 34 MUNOZ POPE Carlos y ARANGO DURLING Virginia **Lecciones de Derecho Penal Parte Especial** Universidad de Panamá Panama 1989
- 35 MUÑOZ POPE Carlos Enrique **Teoria del Hecho Punible** Ediciones Panama Viejo Panama 2000
- 36 NUNEZ Ricardo C **Manual de Derecho Penal Parte Especial** Segunda Edicion Marcos Lerner Editora Córdoba 1999
- 37 ORTI VALLEJO Antonio **Derecho a la Intimidad e Informática** Editorial Comares Granada 1994
- 38 PABÓN PARRA Pedro Alfonso **Manual de Derecho Penal Parte General y Parte Especial** Ediciones Doctrina y ley Ltda Bogota 2005

39. PEREZ LUÑO, Antonio. **Manual de Informática y Derecho**. Editorial Ariel. Madrid. 1996.
40. REBOLLO DELGADO, Lucrecia. **El Derecho Fundamental a la Intimidad**. Editorial Dykinson, S.A. Madrid. 2000.
41. RODRIGUEZ ROBLES, Sebastián. **Fundamentos del Derecho Procesal Panameño**. Universidad de Panamá. 1993.
42. ROMEO CASABONA, Romeo. **Los Delitos de Descubrimiento y Revelación de Secretos**. Tirant Lo Blanch. Madrid. 2005.
43. RUIZ MARCO, Francisco. **Los Delitos Contra la Intimidad**. Editorial Colex. Madrid. 2001.
44. PÉREZ PINZÓN, Orlando. **Curso de Criminología**. Sexta Edición. Universidad Externado de Colombia. Bogotá. 2001.
45. QUERALT JIMENEZ, J.J. **Derecho Penal Español. Parte Especial**. Tercera Edición. Barcelona. 1996.
46. SAEZ CAPEL, José. **El Derecho a la Intimidad y las Escuchas Telefónicas**. Din Editora. Buenos Aires. 1998.
47. SANCHEZ VIAMONTE, Carlos. "Garantías Constitucionales". **Enciclopedia Jurídica Omeba**. Tomo XIII. Argentina. 1991.
48. SOLSONA, Enrique. **Delitos Contra la Libertad**. Editorial Universidad. Buenos Aires. 1987.
49. TÉLLEZ VALDÉS, Julio. **Derecho Informático**. Segunda Edición. Editorial Mc Graw Hill. México. 1996.
50. UICICH, Rodolfo Daniel. **Los Bancos de Datos y el Derecho a la Intimidad**. Editorial AD-Hoc. Buenos Aires. 1999.

A. Artículos de Revistas Jurídicas

1. ALFONSO LASSO, Daniel. "Intimidad y Protección de Datos en el Derecho Penal". **Cuadernos y Estudios de Derecho Judicial N° 9**. Consejo General del Poder Judicial. Madrid. 2002.

2. GONZÁLEZ NAVARRO, Francisco. "Relación Jurídica de Disposición de Datos de Carácter Personal". **Revista Jurídica de Madrid**. Editorial EPASA. Madrid. 1995.
3. GUTIERREZ FRANCÉS, María Luz. "Fraude Informático y Estafa". **Centro de Publicaciones del Ministerio de Justicia**. Madrid. 1991.
4. HERRERA BRAVO, Rodolfo; Zabale, Ezequiel y Guillermo Beltramore. "Delitos Informáticos". **Boletín Hispanoamericano de Derecho**. Año I. Número 3. Chile. Agosto de 1999.
5. LIMA DE LA LUZ, María. "Delitos Electrónicos". **Revista de la Academia Mexicana de Ciencias Penales**. Editorial Porrúa. México. N° 1-6. Año L. Enero-Junio 1984.

A. Artículos de Páginas de Internet

1. CASTRO BONILLA, Alejandra. **El Uso Legítimo del Correo Electrónico**. http://www.legiscolab.com/revista/revista.asp?ID_PUBLICACION=10. 10 de Julio de 2003.
2. CASTRO OSPINA, Sandra. **Delitos Informáticos: la información como bien jurídico y los delitos informáticos en el Nuevo Código Penal Colombiano**. http://www.legiscolab.com/revista/revista.asp?ID_PUBLICACION=15. 15 de julio de 2002.
3. CUERVO, José. **Protección Penal de la Intimidad**. http://www.legiscolab.com/revista/revista.asp?ID_PUBLICACION=17. Julio 7 de 2003.
4. **El Tribunal Supremo Francés Dictaminó que Constituye una Violación del Secreto de Correspondencia que un Empresario abra el Correo Electrónico de sus Empleados**. http://www.legiscolab.com/revista/revista.asp?ID_PUBLICACION=18. Julio 13 de 2003.
5. HIGUERA GUIMERA, Juan Felipe. **El Descubrimiento y la Revelación de Secretos**. http://www.legiscolab.com/revista/revista.asp?ID_PUBLICACION=19. Julio 2003.
6. SUAREZ SANCHEZ, Álvaro. **El Acceso por el Empresario al Correo Electrónico de los Trabajadores**. http://www.legiscolab.com/revista/revista.asp?ID_PUBLICACION=20. 10 de Julio de 2003.
7. VIEGA RODRÍGUEZ, María José. "Delitos Informáticos". **Revista Electrónica de Derecho Informático (REDI)**. http://www.legiscolab.com/revista/revista.asp?ID_PUBLICACION=9. Boletín N°9. Abril 1999. Julio 12 de 2003.

8. VILLALBA DIAZ, Federico. "Los Delitos y Contravenciones Informáticas".
Revista Electrónica de Derecho (REDI) N° 23.
Buenos Aires. Junio de 2000. Julio 12 de 2003.

C. DICCIONARIOS

1. CABANELLAS, Guillermo. **Diccionario Enciclopédico de Derecho Usual**.
Tomo IV. Editorial Heliasta, S.R.L. 21 Edición. Buenos Aires. Argentina.
1981.
2. **Diccionario Enciclopédico Mega Siglo XXI**. Grupo Editorial Norma.
Colombia. Edición 2001.
3. **Diccionario Enciclopédico Océano Uno. 1990**

D. Constituciones y Leyes

A. Constituciones

1. **Constitución de Argentina de 1994.**
2. **Constitución de Bolivia de 1967 .**
3. **Constitución de Chile de 1989**
4. **Constitución de Costa Rica 1979.**
5. **Constitución de Colombia de 1991.**
6. **Constitución de Ecuador 1998.**
7. **Constitución de El Salvador de 198**
8. **Constitución de Guatemala de 19**

9. Constitución de Honduras 1982.
10. Constitución de Nicaragua de 1987.
11. Constitución de Paraguay 1992.
12. Constitución de Perú 1993.
13. República Dominicana de 2002.
14. Constitución de Uruguay de 1967.
15. Constitución de Venezuela de 1999.

B. Códigos Penales

1. Anteproyecto N° 34 de Ley sobre Delitos Informáticos.
2. Código Penal de Alemania
3. Código Penal de la República de Costa Rica de 1970.
4. Código Penal de la República de Colombia de 2000.
5. Código Penal de España de 1995.
6. Código Penal de la República de Panamá de 1982.

C. Leyes

1. Ley 23 de 1986 (Drogas).
Decreto 100 de 1986. Gaceta Oficial, 1986, No. 19, 20 de febrero.
2. Ley 13 de 27 de julio de 1994 (Drogas).
Decreto 100 de 1994. Gaceta Oficial, 1994, No. 27, 27 de julio.
3. Ley N° 3 del 5 de enero de 2000.
Decreto 100 de 2000. Gaceta Oficial, 2000, No. 3, 5 de enero.
4. Ley N° 38 de 10 de julio de 2001 (Violencia Doméstica).
Decreto 100 de 2001. Gaceta Oficial, 2001, No. 38, 10 de julio.
5. Lev N° 6 de 22 de enero de 2002 (Habeas Data).
Decreto 100 de 2002. Gaceta Oficial, 2002, No. 6, 22 de enero.
5. Ley N° 14 del 18 de mayo de 2007 (Código Penal de 2007)
Decreto 100 de 2007. Gaceta Oficial, 2007, No. 14, 18 de mayo.
6. Texto Único del Código Judicial de Panamá.

E. Jurisprudencia

1. Corte Suprema de Justicia. Sentencia (Pleno). **Sentencia del 26 de agosto de 1997.** Resolución No. 100-97. Gaceta Oficial, 1997, No. 26, 26 de agosto.
2. Corte Suprema de Justicia de Panamá (Pleno). **Sentencia del 19 de marzo de 1999.** Resolución No. 100-99. Gaceta Oficial, 1999, No. 19, 19 de marzo.
3. Corte Suprema de Justicia de Panamá (Pleno). **Sentencia de 14 de febrero de 2003.** Resolución No. 100-03. Gaceta Oficial, 2003, No. 14, 14 de febrero.
4. Corte Suprema de Justicia de Panama (Pleno). **Sentencia del 16 de junio de 2003.** Resolución No. 100-03. Gaceta Oficial, 2003, No. 16, 16 de junio.
5. Corte Suprema de Justicia de Panamá (Pleno). **Sentencia del 17 de julio de 2007.** Secretaría General de la Corte Suprema de Justicia. Julio 2007. Resolución No. 100-07. Gaceta Oficial, 2007, No. 17, 17 de julio.